ESTADO BRASILEIRO, PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL

ORGANIZADORES:

MARCUS FIRMINO SANTIAGO
RENATA DE ASSIS CALSING
JÚLIO EDSTRON SANTOS

Organização

Marcus Firmino Santiago

Renata de Assis Calsing

Júlio Edstron Santos

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

1ª edição

Autores:

Ángel Fernández Silva

Caroline Lima Ferraz

Eugenio Pacelli Vasconcelos e Menezes

Hudson Couto Ferreira de Freitas

Júlio Edstron S. Santos

Luiza Lourdes Pinheiro Leal Nunes Ferreira

Marcus Firmino Santiago

Renata de Assis Calsing

Ricardo Rivero Ortega

Túlio Belchior Mano da Silveira

IDP

Brasília

2015

SANTIAGO, Marcus Firmino, CALSING, Renata de Assis, SANTOS, Júnio Edstron
DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS/ Organizador Marcus Firmino Santiago, Renata de Assis Calsing, Júlio Edstron Santos, Autores: Ángel Fernández Silva, Caroline Lima Ferraz, Eugenio Pacelli Vasconcelos e Menezes, Hudson Couto Ferreira de Freitas, Júlio Edstron S. Santos, Luiza Lourdes Pinheiro Leal Nunes Ferreira, Marcus Firmino Santiago, Renata de Assis Calsing, Ricardo Rivero Ortega, Túlio Belchior Mano da Silveira. – Brasília : IDP, Ano da publicação.

157 p.

ISBN 978-85-65604-78-9

1. Direitos Fundamentais. Direito Constitucional. Direito Administrativo.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

A presente obra é resultado do projeto de pesquisa financiado pela CAPES/CNPQ intitulado “Observatório de efetivação de ações em prol dos Direitos Humanos Fundamentais” (Apoio a Projetos de Pesquisa/Chamada 43/2013), cujo período de duração de dois anos se realizou entre 2013-2015. Representa, ainda, um esforço conjunto de pesquisadores de instituições de ensino nacionais e estrangeiras: Universidade de Salamanca, Espanha; Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Centro Universitário do Distrito Federal – UDF; Universidade Católica de Brasília – UCB; e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG.

A rede de pesquisa formada contou com a participação de alunos e professores das instituições de ensino mencionadas, todos vinculados a programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito. Os artigos produzidos para esta coletânea foram fruto de intensos debates e refletem uma preocupação comum aos pesquisadores.

Abordando temas que circundam a preocupação em proteger e implementar direitos fundamentais, tanto em um plano nacional quanto internacional, a obra combina artigos de viés teórico com outros mais fortemente ligados à aplicação prática e resolução de problemas concernentes ao tema central. O recorte metodológico adotado, portanto, contempla a necessária interface entre questões conceituais e práticas, evidenciada pela presença de estudos extremamente atuais que representam o estado da arte em matéria de proteção a direitos fundamentais.

O debate aqui trazido não se restringe a aspectos de aplicação de direitos em um plano interno, sendo certo que o constitucionalismo atual impõe desafios que ultrapassam as fronteiras nacionais.

Neste sentido, a preocupação em revisitar temas como administração pública, soberania ou mutação constitucional se justificam na medida em que a realidade contemporânea, com a emergência do que vem sendo denominado *constitucionalismo transnacional*, coloca aos sistemas jurídicos nacionais desafios que tradicionalmente não eram considerados.

A internacionalização do debate sobre direitos fundamentais é uma realidade indiscutível e as discussões recentemente travadas no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC ilustram isto. Questões como a ampla normativa

construída neste organismo para fins de proteção a direitos humanos fundamentais ou decisões concernentes à proteção ambiental são abordadas, evidenciando a natureza supranacional dos problemas relacionados à proteção destes direitos.

A relevância da obra é evidenciada pelo caráter inovador dos temas tratados, assim como pela metodologia adotada, acima descrita, que combina análises teóricas e práticas, além de propor a revisão de conceitos tradicionais e mostrar como problemas contemporâneos vêm sendo resolvidos no âmbito internacional. O potencial de impacto é significativo, seja pela atualidade das discussões, seja pela qualidade do material produzido, o que é auxiliado, ainda, pela circulação nacional e internacional que as obras editadas pelo IDP já têm alcançado, graças à ampla divulgação que o Portal de E-books do IDP, de acesso aberto e gratuito, permite.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago
Prof.ª Dr.ª Renata de Assis Calsing
Prof. Ms. Júlio Edstron Santos

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

PRIMEIRA PARTE: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SEGUNDA PARTE: PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NUMA PERSPECTIVA PRAGMÁTICO-LINGUÍSTICA

Eugenio Pacelli Vasconcelos e Menezes

1. A PROPOSTA

Deixando de lado questões referentes à possibilidade, legitimidade e alcance, há um consenso de que mutação constitucional é uma forma de alteração da constitucional mantendo-se o texto. Considerado um tipo informal de alteração constitucional, em oposição à reforma e revisão do texto, por modificar o sentido de uma norma constitucional por meio interpretativo. Sua aceitação implica numa visão dinâmica da constitucional e no rompimento da crença de que o texto tem um único sentido imutável e previamente estipulado pelo legislador, a ser descoberto por quem pretende conhecer ou aplicar o direito. E de que não há coincidência absoluta entre norma e texto.

Num primeiro momento, admitindo-se a sua possibilidade, sem tocar ainda em questões de legitimidade e alcance (estas inter-relacionadas entre si), e consciente do papel central da hermenêutica jurídico-filosófica, procurar-se-á responder à questão de como se dá a instituição e modificação do significado dos termos, expressões e proposições linguísticas. Para esta tarefa usar-se-á como suporte teórico-prático ideias do filósofo norte-americano Robert B. Brandom (1999) desenvolvidas a partir de leituras de obras de Kant e Hegel, sendo este último a referência maior.

Num segundo momento serão traçadas linhas gerais sobre o princípio geral de hermenêutica denominado Autonomia Semântica do Texto, considerado relevante ao objetivo por fornecer elementos capazes de auxiliar na imposição de limites interpretativos e controle da subjetividade extrema.

E por último, como não poderia deixar de ser, tocar-se-á em questões de legitimidade na produção do significado, tendo como foco o Poder Judiciário.

2. A VISÃO BRANDOM-HEGELIANA DO CONCEITUAL

Em seu artigo *Some Pragmatist Themes in Hegel´s Idealism: Negotiation and Administration in Hegel´s Account of the Structure and Content of Conceptual Norms* (1999, p. 164), Brandom sustenta duas teses, que podem ser sintetizadas na seguinte citação: "[…] é que o *uso* dos conceitos é que determina o seu *conteúdo*, isto é, conceitos não têm conteúdos fora do que lhes são conferidos quando usados. A tese idealista é que a estrutura e unidade do *conceito* é a mesma estrutura e unidade do *eu.*"[1]". Reconhece que a primeira é um lugar comum no mundo filosófico de wittgensteiniano, mas quanto à segunda, apresenta-a como uma visão inovadora. Procura demonstrar que a tese idealista é um modo de fazer funcionar a tese pragmatista.

Segundo Brandom (1999), Hegel herda de Kant o comprometimento filosófico fundamental de que os conceitos têm um caráter normativo. Kant denomina "conceitos" as normas que determinam o que conta como correto ou incorreto. Entretanto, Hegel rompe com Kant no tocante à forma e momento de produção e consumo dos conceitos (ou normas conceituais).

Para Kant (e Carnap) as normais conceituais são produzidas em um momento, para serem usadas em outro. Compreende a normatividade conceitual como um processo constituído por duas atividades em duas fases distintas (concepção dualista). Primeiro se institui o conceito, definindo o que é correto ou incorreto, fixando-se seu conteúdo, para depois aplicá-lo. Hegel além de não concordar com esta forma de pensar, por entender que ela não explica adequadamente o fenômeno, critica a transcendentalidade da primeira fase da normatividade conceitual.

Partindo da leitura de Hegel e Quine, Brandom (1999, p. 167), adota uma posição *monística* e, tendo como referência a linguagem, defende:

> A prática do uso da linguagem deve ser inteligível não somente como a *aplicação* de conceitos ao *usar* expressões linguísticas, mas igualmente e ao mesmo tempo, como a *instituição* de normas conceituais que determinam o que deve ser considerado como correto ou incorreto no uso das expressões linguísticas. O *uso* efetivo da linguagem estabelece – e é tudo que *poderia* fazer – os *significados* das expressões usadas.[2]

---

[1] Tradução livre de: "is that the use of concepts determines their content, that is, that concepts can have no content apart from that conferred on them by their use. The idealist thesis is that the structure and unity of the concept is the same as the structure and unity of the self.“

[2] Tradução livre de: The practice of using language must be intelligible as not only the application of concepts by using linguistic expressions, but equally and at the same time as the institution of the conceptual norms that determine what would count as correct and incorrect uses of linguistic expres-

Na perspectiva brandom-hegeliana a instituição, alteração e desenvolvimento dos conceitos se dão no momento da aplicação, consumação ou uso dos conceitos em juízo[3] e ações (neste último ponto há referência a Leibnitz). Contudo, para entender este processo (tese pragmática) e fazê-la funcionar, necessário desenvolver e conhecer a tese idealista, consubstanciada na idéia de que o *eu* tem, analogicamente, a mesma estrutura e unidade da normatividade conceitual.

Importante deixar claro que "tanto para Hegel, quanto para Kant, *todas* normas são *normais conceituais*: falar de normas e falar de conceitos são alternativas para abordar um fenômeno comum fundamental."[4] (Brandom, 1999, p. 174)

Na visão hegeliana, *eu* e *comunidade* são instituídos num processo dialético de reconhecimento mútuo, implicando na atribuição de autoridade e responsabilidade recíprocas[5]. Com base na ideia kantiana de autonomia normativa, o *eu*, para ser o que é, deve tomar uma atitude normativa de se considerar um *eu,* tratando a si mesmo como sujeito a comprometimentos pelos quais se torna responsável, ou seja, como um potencial conhecedor e agente. Entretanto, esta autonomia normativa é parcial, pois os status normativos (ser comprometido ou responsável) são frutos também de um empreendimento *social*, portanto envolve e exige uma atitude da comunidade. Assim, não basta que o indivíduo pretenda se considerar um *eu,* um conceito (definir as notas o significado de um termo ou expressão linguística e por consequência o seu uso correto e incorreto) ou qualquer outro tipo de atitude normativa, pois o processo de criação exige que a comunidade (sociedade, comunidade jurídica, etc.) também faça o mesmo.

Trata-se de uma *teoria social da normatividade* num sentido forte, pois considera o social como interação e reconhecimento mútuo de indivíduo e coletividade. O *eu,* ou a norma, só se constitui neste processo dialético, quando há o

---

sions. The actual use of the language settles – and is all that could settle – the mean- ings of the expressions used.

[3] Infatti, dare uma ragione è sempre esprimere um giudizio: fare um'asserzione. (Brandom, 2002, p. 85)

[4] Tradução livre de: For Hegel, as for Kant, all norms are conceptual norms: talk of norms and talk of concepts are alternatives for addressing one fundamental common phenomenon.

[5] O que estamos autorizados a fazer e a dizer e as consequências que assumimos aos fazer ou dizer.

reconhecimento recíproco dela pelos indivíduos, que na relação entre si, se constituem em comunidade. E este é o processo de instituição, alteração e desenvolvimento dos conceitos, dentre eles, dos significados que se atribuem ou se podem atribuir ao texto constitucional.

Esta ideia é compatível com a leitura que Kant faz de Rousseau na distinção entre força, coerção ou mero constrangimento sobre a pessoa e *autoridade legítima*. Compatibiliza a autonomia normativa do indivíduo e da comunidade (que funciona em um sistema de *negociação*), compreendendo-as como simétricas, ou seja, a autoridade do indivíduo depende de seu reconhecimento pela comunidade, enquanto a autoridade da comunidade é constituída pelas atitudes normativas dos indivíduos que a compõem. Em outros termos, a definição de um significado de um termo, expressão ou proposição linguística depende da *atribuição* de significado por um ou mais indivíduos e o seu *reconhecimento* (a adesão ao significado proposto) pela comunidade, e vice-versa. O que também pode ser traduzido em termos de *instituição* e *administração* do significado ou ainda como *aplicação* e *avaliação* de conceitos.

Repisando, é nossa [indivíduos e comunidade] prática que institui as normas conceituais. A ideia básica é que a instituição de normas, aí compreendidos os conceitos, é resultado de atitudes práticas sociais. (Brandom, 2001)

O retro apresentado é denominado por Brandom *dimensão social do reconhecimento recíproco* por Brandom (1999), constituindo, mas não esgotando o processo de normatividade. Duas outras dimensões devem ser apresentadas para se ter uma visão do processo como um todo e para servir de referência às reconstruções teórico-práticas.

Para discorrer sobre a *dimensão inferencial do reconhecimento recíproco*, a primeira coisa que se deve ter em mente é que para Hegel conceitos (conteúdo das normas, dentre eles os significados da linguagem escrita) são essencialmente articulados inferencialmente mediante duas categorias instrumentais básicas: “mediation” e “determinate negation”.

“Os conceitos se articulam essencialmente por inferências. [...] De acordo com Sellars, captar ou entender um conceito quer dizer ter um domínio prático das *inferências* nas quais os ditos conceitos estão incluídos, isto é, saber (no sentido

prático de ser capaz de distinguir) qual é a consequência da aplicação de um conceito e o que advém desta aplicação."[6] (Brandom, 2005, p. 156)

Por "mediation" se entende a capacidade dos conceitos de figurarem tanto como conclusão quanto como premissa em *inferências materiais* (que têm como objeto central os conteúdos conceituais dos termos não-lógicos – Marçal, 2006).

E "determinate negation" se refere à relação de incompatibilidade material entre conceitos, ou melhor, a aplicação de um conceito preclui a aplicação de outro, cujos conteúdos sejam incompatíveis entre si. Usando do exemplo de Brandom, se digo que uma mancha de tinta é vermelha, isto me impede de também denominá-la verde, contudo não me impede de dizer que ela é grande, fosca, etc., por não serem, estas últimas qualificações, incompatíveis materialmente com a cor atribuída.

Portanto, "Juntas, e em conexão, a inferência material e a incompatibilidade material (relação de "mediation" e "determinate negation") articulam os conteúdos das normas conceituais."[7] (Brandom, 1999, p. 174)

A terceira é a *dimensão histórica do reconhecimento recíproco*. Neste ponto se entende a aplicação e instituição de conceitos como um processo histórico, e não como meramente temporal. E para explicá-lo Brandom (1999, p. 179) usa como modelo deste processo o desenvolvimento dos conceitos pelo sistema do *common law*.

Em síntese, as decisões do passado exercem uma autoridade sobre as decisões do futuro, e vice-versa. Todo juiz herda uma tradição, constituída pelos casos julgados e as interpretações feitas. Mas ao mesmo tempo se depara com novos casos, e tem que decidir se as posições adotadas no passado serão mantidas ou modificadas.

A herança semântica (dentre outras heranças), por se constituir de normas conceituais instituídas por indivíduos e comunidade, num processo de reconhecimento recíproco, exerce uma força normativa sobre as decisões ou posições que os juízes devem tomar no presente e no futuro. Para se adotar uma posição ou decisão diferente é necessária "revogar" a norma (interpretação, ou o

---

[6] Tradução livre de: Los conceptos se articulan esencialmente por inferencias. [...] De acuerdo com Sellars, captar o entender um concepto quiere decir tener um dominio práctico de las *inferências* em lãs que dicho concepto está incluido, es decir, saber (en el sentido práctico de ser capaz de distinguir) cuál es la consecuencia de la aplicabilidad de um concepto y de qué se sigue ésta.

[7] Tradução livre de: Together the material inferential and material incompatibility relations (relations of mediation and determinate negation) articulate the contents of conceptual norms.

conceito) já existente e instituir outra em substituição. Evidentemente que isto é perfeitamente possível, mas para tanto é preciso que haja um movimento dialético envolvendo indivíduos (juízes, advogados, teóricos do direito, partes em processos, peritos, etc) e comunidade (jurídica, social, etc.), que poderá resultar na decisão de manter a norma (ou conceito) ou modificá-la total ou parcialmente. E este último movimento é como as decisões do futuro exercem autoridade sobre as decisões do passado, reforçando-as ou desconsiderando-as quando da análise dos casos atuais.

Usando outra terminologia, os juízes do futuro *administram* a autoridade dos juízes do passado, avaliando-as na aplicação dos casos atuais, aderindo ou não as posições e atitudes normativas já existentes. Enquanto os juízes do passado *constrangem* os juízes do futuro pela força da norma já existente.

Evidentemente que tudo isto somente é possível num ambiente de inferência social, com garantia de racionalidade (no sentido de se apresentar, discutir, aceitar ou rechaçar razões) e reconhecimento recíproco simétrico entre indivíduos (inclusive este entre si) e comunidade.

"A ideia geral é que a racionalidade que nos qualifica como seres *raciocinantes* (e não puramente sencientes) pode ser identificada com a participação no jogo social, implicitamente normativo, de oferecer, avaliar, produzir e consumir razões."[8] (Brandom, 2002, p. 85)

É nossa capacidade inferencial (formal e material) que, numa perspectiva pragmática, nos tornam racionais (seres capazes de dominar as correções das inferências), e neste sentido, estamos sujeitos "à força da melhor razão." (Brandom, 2005, p. 168).

De acordo com Brandom a "força das melhores razões" é o "núcleo da prática social de pedir e dar razões". É uma força normativa que:

> Refere-se à questão de quais entre as crenças que podem surgir alguém se compromete a reconhecer, quais conclusões alguém *deve* tirar e com o que alguém está *comprometido* ou legitimado para dizer e fazer. Falar de razões, apresentar quais são e do que, não se refere em primeiro lugar a como a gente atua ou atuaria, mas a como *deveria* atuar, ou seja, o que é que se deveria reconhecer.[9] (Brandom, 2005, p. 54)

---

[8] Tradução livre de: L'idea generale è Che la razionalità che ci qualifica come esseri *raziocinanti* (e non puramente senzienti) può essere identificata con la partecipazione al gioco sociale, implicitamente normativo, di offrire e valutare, produrre e consumare ragioni.

[9] Tradução livre de: Se refiere la cuestión de cuáles entre las creencias que puedan surgir uno se compromete a reconocer, qué conclusiones uno *debe* sacar y a qué uno está *comprometido* o *legitimado* para decir o hacer. Hablar de razones, plantear cuáles son y de qué, no se refiere en

Em síntese:

> Normas conceituais determinadas são inteligíveis somente como característica de uma tradição vigente que é estruturada recognitivamente, tendo autoridades recíprocas de negociação e administração que perpassam pelas três dimensões recognitivas: social, inferencial e histórica. O pragmatismo de Hegel, eu tenho afirmado, consiste em seu comprometimento em compreender as normas que instituem o conteúdo empírico com conteúdo determinado como resultado da *experiência*, o processo de *usar* estes conceitos ao aplicá-los na prática: fazendo juízo e em ações performáticas. Seu idealismo consiste em compreender esse processo de experiência como exibição de uma constelação de autoridade recíproca da qual o paradigma é o reconhecimento mútuo: a estrutura e unidade da auto-consciência individual do eu. (Brandom, 1999, p. 182)[10]

Traduzindo em termos de Direito Constitucional, e com foco na mutação constitucional, é possível afirmar que os atores sociais quando vêm a este mundo herdam um conjunto de significações que são mantidas ou alteradas por eles, quando agem performaticamente ou fazem juízos sobre os conteúdos da constituição.

As alterações de significado do texto da constituição, chamadas de mutação constitucional, são produzidas no processo de aplicação dos conceitos de termos, expressões e proposições, no qual participam indivíduos e sociedade, guiados por atitudes de reconhecimento recíproco de autoridades simétricas, num ambiente socialmente discursivo, usando de recursos racionais (inferenciais), dentro de uma dinâmica social.

3. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA SEMÂNTICA DO TEXTO COMO LIMITE INTERPRETATIVO.

Mas a história não precisa parar por aqui. Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, mas pretendendo aprofundar um pouco mais, incursionando sobre as possibilidades semânticas a partir do texto da constituição num dado momento

---

primer lugar a cómo la gente actúa o actuaría sino a cómo *deberia* actuar, o sea, qué es lo que debería reconocer.

[10] Tradução livre de: Determinate conceptual norms are intelligible only as features of an actual tradition that is structured recognitively, having reciprocal authorities negotiating and administering along all three recognitive dimensions: social, inferential, and historical. Hegel’s pragmatism, I have claimed, consists in his commitment to understanding determinately contentful empirical conceptual norms as instituted by experience, the process of using those concepts by applying them in practice: making judgements and performing actions. His idealism consists in understanding this process of experience as exhibiting a constellation of reciprocal authority whose paradigm is mutual recognition: the structure and unity of the self-conscious individual self.

histórico, e, por consequência, definindo limitações de significação impostas por este texto, numa dada sociedade e num dado momento.

O que se pretende com esta incursão é apresentar alguns elementos que possam contribuir com o controle da subjetividade na produção inferência do conteúdo do direito, para compatibilizá-la com a objetividade (intersubjetivamente constituída) indispensável ao modelo democrático de Estado e sociedade.

Com inspiração nas aulas do Professor Doutor Antônio Cota Marçal, durante o curso de Mestrado da PUC Minas (2007-2008), serão traçadas linhas gerais do princípio geral de hermenêutica denominado Autonomia Semântica do Texto (Eco, 2001 e RICOEUR, 1976).

A ideia central é que um texto pode ter muitos significados, mas não qualquer significado. O próprio texto, no contexto temporal e espacial de uma dada comunidade, tem uma abertura hermenêutica, ou seja, permite um conjunto de possíveis significações. Mas não pode ter qualquer significação ou sentido (direção), pois aquilo que tem todos os sentidos, não tem sentido algum. O que Eco (2001) sustenta "é que existem critérios para limitar a interpretação". E ele, neste ponto, se refere a critérios linguísticos.

Contudo, não se pode ter a ilusão de existir técnicas ou métodos de produção de uma univocidade semântica, porquanto a impossibilidade de transmissão integral do vivenciado por alguém e a dimensão social da linguagem a impossibilitam.

Em consonância com o pensamento husserliano, é possível afirmar a existência do fenômeno do *excedente de significação,* ou seja:

> [...] **o que é experienciado por uma pessoa não se pode transferir totalmente como tal e tal experiência para mais ninguém.** A minha experiência não pode tornar-se directamente a vossa experiência. Um acontecimento que pertence a uma corrente de consciência não pode transferir-se como tal para outra corrente de consciência. E, **no entanto, algo se passa de mim para vocês, algo se transfere de uma esfera de vida para outra. Este algo não é a experiência enquanto experienciada, mas a sua significação.** Eis o milagre. A experiência experienciada, como vivida, permanece privada, mas o seu sentido, a sua significação tornar-se pública. A comunicação e, deste modo, a superação da radical não comunicabilidade da experiência vivida enquanto vivida. (negrito adicionado ao original) (RICOEUR, 1976, p. 28)

E este aspecto ou fenômeno da comunicação é mais acentuado quando a comunicação é textual, por perda ou empobrecimentos dos recursos de

comunicação ilocucionário (fazem algo ao dizer) e perlocucionário (produzem efeitos ao o dizer) (RECOUER, 1976).

Quando falante e ouvinte estão conectados em proximidade real ou virtual, e sincronizadas temporalmente, atuando reflexivamente, as possibilidade de comunicação da significação intencionada pelo falante são muito maiores, pois o falante, ao falar, faz algo (gestos, expressões, etc) que enriquecem a comunicação, além de poder perceber os efeitos do falado no ouvinte, possibilitando possíveis correções ou detalhamento do intencionado na fala. Daí a riqueza do princípio da oralidade.

Diferentemente de quando se utiliza de um texto para se comunicar, principalmente quando este texto não tem um destinatário ou leitor específico. Pois, por mais que se utilize de recursos de reprodução escrita dos atos ilocucionários (ponto de exclamação, de interrogação, uso de modos gramaticais, etc.), não se consegue obter com a escrita o mesmo resultado destes atos. Sem contar que a dimensão perlocucionária simplesmente desaparece.

> A dissociação da significação verbal do texto e da intenção mental do autor dá ao conceito de inscrição o seu significado decisivo, para além da mera fixação do discurso oral prévio. **A inscrição torna-se sinónimo (sic) de autonomia semântica do texto, que resulta da desconexão da intenção mental do autor relativamente ao significado verbal do texto.** Em relação ao que o autor quis dizer e ao que o texto significa. A carreira do texto subtrai-se ao horizonte finito vivido pelo autor. O que o texto significa interessa agora mais do que o autor quis dizer, quando escreveu. (destaque em negrito adicionado ao texto original) Ricoeur (1976, p. 41)

Como o significado é na verdade o sentido intencionado do termo, expressão ou proposição, se deve questionar qual a intenção deve ser buscada. E a resposta se limita a uma entre três opções: intenção do autor, intenção do intérprete e intenção da obra.

No caso da constituição, que não é um texto produzido para um destinatário ou alguns destinatários específicos (v.g. uma missiva), mas para uma comunidade eclética, a determinação do significado depende significativamente da comunidade linguística, em razão da dimensão social da linguagem e a dissociação espaço-temporal entre intérprete e autor do texto.

Ademais, a realidade vivida por quem interpreta (contexto social) influencia a produção do significado. Ela é parte da dimensão pragmática da linguagem. Por isto é comum, interpretações de um mesmo texto produzir significados diferentes em

diferentes épocas, até pelo mesmo intérprete. Junte-se a isto o caráter de universalidade da norma jurídica, tanto sob o aspecto pessoal (abstração) como situacional (generalidade). E acrescente-se a dinamicidade social.

Ainda há outro aspecto: a dificuldade ou impossibilidade de se conhecer a intenção do autor do texto constitucional (original ou emenda), ante a multiplicidade de razões que levam à sua aprovação e a falta de apresentação das premissas no texto que conduziram à sua aprovação.

Podendo ainda ser apontando mais um fator: a norma é produzida para reger o futuro e não o passado, devendo, por este motivo, se buscar significados que sejam compatíveis com a visão de vida e mundo no momento de sua aplicação. Diante de tantos obstáculos não é uma boa opção a busca pela intenção do autor.

A segunda opção, a de se considerar para o significado a intenção do intérprete, também não é uma boa estratégia. Primeiro, porque o subjetivismo desconsidera o princípio democrático, que preza pelo objetivismo-intersubjetivista. Segundo, porque se cada intérprete puder impor um significado de acordo com sua intenção a norma não terá significado algum, pois o que tem múltiplos sentidos, não tem sentido algum.

Resta, portanto, a análise da intenção da obra, que em verdade não é uma intenção no sentido voluntarista, pois não se trata de um ser vivente, mas de uma estratégia hermenêutica dialética:

> É claro que estou tentando manter um elo dialético entre a *intentio operis* e a *intentio lectoris.* O problema é que, embora talvez se saiba qual deve ser a "intenção do leitor", parece mais difícil definir abstratamente a "intenção do texto". **A intenção do texto não é revelada pela superfície textual.** Ou, se for revelada, ela o é apenas no sentido da carta roubada. **É preciso querer "vê-la". Assim é possível falar de intenção do texto apenas em decorrência de uma leitura por parte do leitor.** A iniciativa do leitor consiste basicamente em fazer uma conjetura sobre a intenção do texto. **Um texto é um dispositivo concebido para produzir seu leitor-modelo.** Repito que esse leitor não é o que faz a "única" conjetura "certa". Um texto pode prever um leitor-modelo com o direito de fazer infinitas conjeturas. O leitor empírico é apenas um agente que faz conjeturas sobre o tipo de leitor-modelo postulado pelo texto. **Como a intenção do texto é basicamente a de produzir um leitor-modelo capaz de fazer conjeturas sobre ele, a iniciativa do leitor-modelo consiste em imaginar um autor-modelo que não é o empírico e que, no fim, coincide com a intenção do texto.** Desse modo, **mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado.** Não tenho vergonha de admitir que estou definindo assim o antigo e ainda válido "círculo hermenêutico". (ECO, 2001, p. 75)

Neste sentido devem ser considerados três critérios interpretativos, como meios de checagem da validade da intenção do texto conjecturada: i) coerência textual; ii) isotopia semântica; iii) economicidade interpretativa.

O texto, no caso a constituição, deve ser considerado como um todo, como um sistema de significação, por isto e para que o sistema se mantenha, deve se prezar pela coerência interna, ou seja, na interpretação de cada parte da constituição deve se produzir significações compatíveis com as das demais partes (ECO, 2001).

Como também se deve manter a significação de termos, expressões e proposições usados no mesmo contexto (isotopia semântica), para com isto permitir uma leitura uniforme do texto constitucional.

O critério da economicidade interpretativa impõe que se busque a relação mais direta e segura entre o texto e o significado proposto. Se o significado conjecturado indica uma infinidade de relações possíveis não pode ser considerado uma boa opção interpretativa.

Para arrematar este ponto, Eco (2001, p. 75) sustenta que "o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado. Não tenho vergonha de admitir que estou definindo assim o antigo e ainda válido 'círculo hermenêutico'. "

4. O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Uma última questão deve ser suscitada, tratando-se de mutação constitucional. Com frequência encontra-se manifestação no sentido de que a mutação constitucional é resultado das decisões dos tribunais, e, em especial, das proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Esta é uma afirmação verdadeira, mas somente em parte.

Fisher (2008), discorrendo sobre o mito da supremacia do judiciário na definição do que é constitucional, e, por consectário lógico, a definição de significado do texto constitucional, aponta pelo menos três motivos para não considerar as decisões judiciais (no caso do texto, da Suprema Corte Norte-americana) como a voz última neste processo. Primeiro, porque o texto pode ser modificado pelo legislativo. Segundo, porque uma decisão judicial sem o suporte popular, ou seja,

sem o desejo da sociedade em cumpri-la, acaba se tornando um nada por falta de efetividade. Terceiro, as decisões judiciais para terem legitimidade devem ter o respaldo popular.

Em suas palavras (Fisher, 2008, p. 5):

> Nenhuma instituição, considerada singularmente, incluindo o judiciário, tem a palavra final quanto ao significado da Constituição. Um processo complexo de dar e receber e o respeito mútuo entre os poderes estatais permitem à Corte não-eleita funcionar com segurança e eficácia em uma sociedade democrática. Um processo aberto possibilita às instituições políticas e aos cidadãos expor deficiências, controlar excessos e construir um consenso que pode produzir um consenso que possa manter apoio público. Um processo aberto leva a uma participação e respeito púbicos pela Constituição, dando-lhe legitimidade e vitalidade que não poderia ser alcançado sob um sistema de supremacia judicial.[11]

Diante disto, importante se ter em mente o papel que os juízes devem efetivamente desempenhar na mutação constitucional, para não se descambar numa ditadura de toga e comprometer todo o processo democrático pelo qual a sociedade brasileira se encontra. A pequena evolução democrática ou mesmo afirmações de que as pessoas não estão preparadas para a democracia (para compreendê-la e vivê-la com todas as implicações) não podem servir para justificar uma tutela (no sentido de representativa pela menoridade) do Judiciário. Não cabe a ele assumir um papel de tutor ou pai que toma as decisões em nome dos incapazes, mas de facilitar do processo democrático, propiciando um ambiente discursivo no qual os envolvidos e possíveis afetados possam participar com simétrica autoridade.

CONCLUSÃO

O explicitado neste breve texto não pretende descrever um novo fazer, mas apresentar uma nova explicação de um fazer existente, para nos permitir compreender de forma mais adequada o instituto e, por consequência, agir de forma diferente. Mudar o que acreditamos implica em mudança no agir.

---

[11] Tradução livre de: No single institution, including the judiciary, has the final say on the meaning of the Constitution. A complex process of give and take and mutual respect among the branches permits the unelected Court to function safely and effectively in a democratic society. An open process enables political institutions and citizens to expose deficiencies, hold excesses in check, and build a consensus that can command public support. An open process leads to public participation and respect for the Constitution, giving it a legitimacy and vitality that could not be achieved under a system of judicial supremacy.

A mutação constitucional pode ser um instrumento, ferramenta ou meio para tornar o texto constitucional mais democrático ao permitir a produção de significação pelos envolvidos ou possíveis afetados, ou ser uma maneira de alguns poucos imporem determinadas concepções de vida. Tudo depende da abertura ou fechamento do ambiente discursivo. De se considerar a racionalidade como um produto social, como resultado de um jogo social e inferencial de produzir, exigir, avaliar e consumir razões; ou tomar o rumo contrário.

Contudo, não se pode olvidar que, se por um lado a linguagem tem uma abertura semântica (evidentemente que indissociável das dimensões sintática e pragmática), por outro, tem limites intransponíveis, sob pena de se não respeitados se perder toda a referência linguística. O texto constitucional apesar de não ter um sentido unívoco e preestabelecido, é o ponto de partida e limite para a produção do conteúdo conceitual constitucional.

BIBLIOGRAFIA

BRANDOM, Robert B. **Some pragmatista themes in Hegel´s idealim: negotiation and adminstratin in Hegel´s account of the structure and content of conceptual norms.** European journal of Philosophy 7:2, 1999, pp. 164-189.

BRANDOM, Robert B. **From critique of cognitive internalim to a conception of objective spirit: reflections on Descombes' anthropological holism.** Princeton University Press, 2001, Inquiry, 47, páginas 236-253.

BRANDOM, Robert. **Articolare le ragioni: un´introduzione all´inferenzialimo.** Trad. Carlo Nizzo. Milano: il Saggiatore, 2002. 223 p.

BRANDOM, Robert. **Hacerlo explícito: razonamiento, representación y compromiso discursivo.** Trad. Ângela Ackermann Pilári et. al. Madri: Herder, 2005. 943 p.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação.** Trad. M.F. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 184 p.

FISHER, Louis. ***Interpreting the constitution: more than what the Supreme Court Says.*** *Journal Extensions.* Outono de 2008. P. 01/07.

MARÇAL, Antônio Cota. **O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica.** *In* O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. P.105-118.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação. O discurso e o excesso de significação.** Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1976. 109 p.

DEMOCRACIA DIRECTA E INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

Ángel Fernández Silva[12]

La mayoría de los países desarrollados, en mayor o menor medida, están inmersos en la actualidad en una crisis de confianza del pueblo hacia sus legítimos representantes. La necesidad de cambios en el sistema, y de integrar a esos descontentos en el juego democrático, pone inevitablemente nuestra mirada en la democracia participativa. La participación se ha elevado ya al más alto de los niveles en nuestra democracia y por eso queremos plantearla como una herramienta para mejorar nuestro sistema.

El objetivo del presente artículo es analizar de forma breve el auge de los instrumentos de participación política y en particular de la institución de la iniciativa legislativa popular. En la actualidad, estamos asistiendo a un aumento en el uso de esta institución de democracia directa, a pesar de los escollos con los que se encuentra en su ejercicio. El objetivo es analizar los problemas que afectan a la iniciativa legislativa popular desde un punto de vista constructivo, es decir, a la par que planteamos propuestas de mejora.

La crisis económica y los innumerables casos de corrupción han multiplicado el descontento ciudadano en general, y la desconfianza hacia el sistema y la clase política en particular[13]. Por este motivo, se hace más necesario que nunca permeabilizar la democracia y abrir canales de comunicación y participación directa. La opacidad de muchos gobiernos y parlamentos de Europa y América Latina no está permitiendo la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, lo cual no redunda en beneficio del sistema democrático y genera una mayor desconfianza.

Los instrumentos de democracia directa han vuelto a saltar a la actualidad y su estudio no es en vano. Desde el referéndum convocado en Grecia sobre su

---

[12] Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Máster en Democracia y Buen Gobierno. En la actualidad, doctorando en 'Estado de Derecho y Gobernanza Global' por la Universidad de Salamanca.

[13] Según los barómetros del CIS, la corrupción y los partidos políticos (o los políticos) constituyen unos de los principales problemas que afectan a los españoles, habiendo crecido en los últimos años, después de los problemas económicos y el paro.

rescate económico, hasta la controvertida consulta realizada en Cataluña acerca de su pertenencia o no a España. El caso catalán resulta interesante ya que regulan de forma extensa y novedosa para España el referéndum y la iniciativa popular, aunque su convocatoria de consulta ha vuelto a plantear dudas acerca de la legalidad de un supuesto referéndum convocado por una región y no por el gobierno central.

En Brasil, las asambleas populares protagonizaron en 2013 un cambio en la participación política tal y como se entendía hasta entonces, lo cual suponía una serie de formas novedosas para el contexto político y social brasileño. Estos movimientos demandaban mayor participación, cambios en el sistema y formas de "acceder" al Parlamento y vincular sus decisiones al "poder" de la ciudadanía.

Por parte de la iniciativa legislativa popular, de las apenas 3 a 6 proposiciones de ley por legislatura que se presentaban en España en los años 80 o principios de los 90, hemos pasado a las 23 de la legislatura pasada o las 35 de la actual (sin concluir). Por la notoriedad de los asuntos, además, este instrumento ha podido dar voz a muchos ciudadanos y colectivos que, avalados por un gran apoyo popular, pretendían llegar al Parlamento para legislar en un determinado sentido.

Por tanto, el derecho a participar en los asuntos públicos, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Española[14] y en la mayoría de las constituciones de Latinoamérica, se ha situado en la primera línea de los derechos políticos actualmente por las nuevas exigencias, y por un aumento en el uso de instrumentos como la iniciativa legislativa popular, como acabamos de ver.

La importancia de la democracia directa brasileña se demuestra en el artículo 14 de su Constitución. Su norma suprema declara que la propia soberanía popular también se ejerce desde los instrumentos de participación en un intento por equiparar democracia directa y democracia representativa:

> Art. 14. La soberanía popular será ejercida por sufragio universal y por voto directo y secreto con valor igual para todos, y, en los términos de

[14] Antes de nada debemos hacer referencia a los textos legales que regulan la ILP. Empezando por nuestra Carta Magna, encontramos en el artículo 87.3 recogida la ILP. Este artículo nos remite a una ley posterior para su regulación; la Ley Orgánica 3/1984. Esta ley fue modificada por la ley 1/2006 que reforma la primera y que más adelante comentaremos. Además, encontramos en cada comunidad autónoma la respectiva ley que regula la ILP.

la ley mediante:
1.Plebiscito;
2.Referéndum;
3. Iniciativa popular.

Queremos señalar la democracia directa como una de las vías a explorar para mejorar nuestro sistema, pero en ningún caso enfrentarla a la democracia representativa. Lo interesante es utilizar dos modelos que se complementan y perfeccionan a sí mismos. La democracia representativa, aquella que se ejerce a través de representantes elegidos por sufragio universal, es un modelo que proporciona estabilidad y progreso conforme a la mayoría social representada en el Parlamento. Además, cuenta con gran tradición en Europa y es el modelo que prevalece según nuestra regulación constitucional (mandato representativo[15]).

Por otro lado, la democracia directa proporciona mayor conexión entre ciudadano e instituciones y permite valorar la opinión de una forma puntual, sin depender de convocatorias electorales. La cuestión es analizar los motivos por los que nuestro sistema prioriza la democracia representativa, y si esa prioridad está demasiado distorsionada en detrimento de los instrumentos de participación. Ambos modelos bien entendidos son compatibles y complementarios en el sentido de enriquecerse mutuamente.

A pesar de ello, la mayoría de las democracias modernas intentan confiar en los partidos políticos la labor de gobernar y legislar. Aunque con diferentes modelos, terminan siendo estos agentes los que “monopolizan” el uso de la democracia, en muchos casos ocupando espacios de poder que no les pertenecen por definición[16]. Además, en los sistemas de corte presidencialista de América Latina, la figura del Jefe de Estado acumula poderes que no en todos los casos permiten la participación con ciudadanos e interlocutores.

---

[15] El mandato representativo es una forma de mandato político, que posee la característica de ser general, libre, y no revocable. Es decir, que bien puede pasar que el representante pueda tomar acciones y votar o comprometerse, aplicando su propio criterio y según su leal saber y entender, sin que eventualmente tenga que respetar sus eventuales compromisos anteriores adquiridos

[16] Como defiende el catedrático de Derecho Constitucional Ángel Garrorena, entre otras ocasiones, en la ponencia que ofreció en el Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España celebrado en abril de 2014 en la Universidad de Salamanca

En el caso español, tras la transición democrática existían cautelas que exigían confiar en los partidos políticos para evitar 'fantasmas`, si se me permite, como el populismo, el autoritarismo o la inestabilidad política. Por este motivo los españoles nos dimos en 1978 una Constitución rígida que confiaba en el Parlamento a través del sistema de partidos y que otorgaba una prevalencia al Ejecutivo.

No obstante, debemos tener en cuenta que nuestra Carga Magna opta por un sistema 'pluralista' en cuanto a los entes con capacidad legislativa, a diferencia de otros muchos países donde tan sólo el poder legislativo y el ejecutivo (y como mucho los ciudadanos a través de la iniciativa popular) están legitimados. El caso español permite, en resumen, ejercer la potestad legislativa al Gobierno, a ambas cámaras, a las CCAA y a una porción del cuerpo electoral a través de la iniciativa legislativa popular.

En Brasil, están capacitados para ejercer la función legislativa cualquier miembro o Comisión de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal o del Congreso Nacional, al Presidente de la República, al Supremo Tribunal Federal, a los Tribunales Superiores, al Procurador General de la República, y a los ciudadanos, en la forma y en los casos previstos en esta Constitución.

La Constitución Brasileña, además, regula en el artículo 61 2º la iniciativa popular. A diferencia del caso español, no establece desde su Norma Suprema más requisitos que las firmas exigidas. No obstante, después analizarmos la regulación brasileña y española al efecto.

Volviendo a la iniciativa legislativa popular, se trata, conforme al perfil institucional de la iniciativa, de un ejercicio directo de la función legislativa por parte del cuerpo electoral, que instan a sus representantes a legislar sobre una materia en un determinado sentido presentando una proposición de ley, avalada por un número de firmas como más adelante veremos.

Conforme a su segunda vertiente, la de derecho subjetivo, la iniciativa legislativa popular es la fórmula escogida para el ejercicio del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos. En Brasil, se trata de un derecho directamente vinculado por la Constitución a la soberanía popular y, además, con mucho sentido.

Una ley nacida del apoyo popular es una expresión directa de la voluntad del pueblo primero por este hecho y segundo por el hecho de ser votada por el Congreso.

Pese a la utilidad de los propósitos de la ILP, se encuentra en su regulación y también en su ejercicio con multitud de obstáculos que hacen fracasar la mayoría de las proposiciones de ley presentadas. Por este motivo, parte de la doctrina la denomina como una institución ‘herida de muerte’ o ‘condenada al fracaso’[17], y por ende la desidia hace que muchos ciudadanos no confíen en ella. Pese a ello, no deja de resultar sorprendente que siga aumentando el número de proposiciones que los ciudadanos firman y presentan ante el Parlamento.

En el presente artículo tratamos en un principio la realidad española, pero que no es ajena a lo vivido en otros países y en especial a aquellos de América Latina que tanta relación compartimos. Desde las diferencias lógicas, España y Brasil comparten muchos mecanismos políticos que hacen interesante que ambos conozcamos la realidad del otro. Por tanto, con este artículo pretendemos aportar luz acerca de la democracia directa pero también propuestas que son perfectamente válidas en ambos sistemas, salvando, lógicamente, las diferencias.

A continuación nos dispondremos a relatar los principales problemas con los que se encuentra esta institución, desde un punto de vista constructivo y aportando propuestas de mejora. Comenzaremos por el procedimiento mediante el cual se puede presentar en España una ILP. No obstante, por la semejante naturaleza y regulación brasileña y española, consideramos que la mayoría de nuestras propuestas son válidas en ambos países.

El primer escollo es que la proposición de ley logre la admisión por parte de la Mesa del Congreso. Es bastante cuestionado por la doctrina que sea este órgano el encargado de admitir las ILP, ya que cuenta con unos poderes excesivos y demasiada arbitrariedad en la toma de decisiones.

Este órgano en muchos casos ‘estira’ la ley para denegar la mayoría de proposiciones presentadas por los ciudadanos. A nuestro juicio lo oportuno sería la

[17] Entre otros SORIANO DIAZ en Revista Sistema: “La iniciativa legislativa popular: una institución herida de muerte”

'judicialización'[18] de este trámite y que fuera, por ejemplo, la Junta Electoral la que pudiera admitir o rechazar las ILP para escapar, de esta forma, al control de los partidos políticos. Aumentar la admisión de las propuestas facilitaría el derecho a participar en los asuntos públicos.

Por otra parte, debemos atender también a las causas de inadmisión de la ILP, otro de los grandes impedimentos de este instrumento. En la actualidad, de las 95 ILP presentadas hasta mayo de 2015, 37 fueron inadmitidas por la Mesa de Congreso. Esto se debe principalmente al hecho que acabamos de analizar, pero también a las causas de inadmisión que veremos a continuación, reguladas y aplicadas de forma demasiado estricta.

> *Artículo 5 LOILP* [19]
>
> *Son causas de inadmisión de la proposición:*
> ***a)*** *Que tenga por objeto alguna de las materias excluidas de la iniciativa popular por el artículo 2º*
> ***b)*** *Que no se hayan cumplimentado los requisitos del artículo 3.º No obstante, si se tratase de defecto subsanable, la Mesa del Congreso de los Diputados lo comunicará a la Comisión Promotora para que proceda, en su caso, a la subsanación en el plazo de un mes.*
> ***c)*** *El hecho de que el texto de la Proposición verse sobre materias manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí.*
> ***d)*** *La previa existencia en el Congreso o el Senado de un proyecto o proposición de Ley que verse sobre el mismo objeto de la iniciativa popular y que esté, cuando ésta se presenta, en el trámite de enmiendas u otro más avanzado.*
> ***e)*** *El hecho de que sea reproducción de otra iniciativa popular de contenido igual o sustancialmente equivalente presentada durante la legislatura en curso.*
> *Letra f) del número 2 del artículo 5 suprimida por el apartado tercero de la L.O. 4/2006, de 26 de mayo, de modificación de la L.O. 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular («B.O.E.» 27 mayo).Vigencia: 28 mayo 2006*

Dejaremos para el final el análisis de las materias excluidas (apartado a) tratando primero las demás causas de inadmisión.

Comenzaremos calificando como razonable el apartado b que rechaza la ILP por defectos de forma (que se señalan en la propia LO 3/1984). No es así el

[18] Defendida además por autores como PÉREZ ALBERDI en "El derecho a participar en los asuntos públicos"

[19] LO 3/1984 modificada por la Ley 1/2006

apartado c, que rechaza proposiciones cuya materia no sea homogénea, ya que los proponentes pueden realizar una serie de propuestas que no guarden relación, o que cuenten con una transversalidad que sería fulminada por este apartado.

En ese caso la Mesa del Congreso podría ser la encargada de advertir a los proponentes la restructuración de la propuesta o separación de las materias, pero no parece un motivo suficiente para rechazar una ILP de plano. Si no conseguimos fijar criterios más claros a la Mesa del Congreso para intentar admitir más iniciativas populares, su admisión seguirá estando en manos de los partidos políticos que en muchos casos por su propio interés no permitirán acceso a la propuesta

En cuanto a los apartados d y e, no parece oportuno rechazar iniciativas porque previamente haya una sobre la misma materia u objeto, ya que las circunstancias han podido cambiar. En particular, en cuanto apartado d, es posible que se haya presentado una ILP con un objeto en un determinado sentido, y pasado un tiempo otros ciudadanos decidan presentar otra en otra dirección; con otra orientación. Si tratamos de facilitar el contacto e intercambio de opinión, tendremos que admitir iniciativas ciudadanas que puedan versar sobre el mismo objeto o materia aunque con matices u orientaciones diferentes.

Nuestra regulación y la propia cámara intentan, por el principio de economía procesal, limitar la presentación de iniciativas para ahorrarse trabajo. Desde un punto de vista pragmático facilita la labor de los parlamentarios pero obstruye de forma clara el derecho a participar de los ciudadanos. Debemos hacer compatible ambas cuestiones.

Pero si vamos al meollo del problema; el impedimento fundamental con el que se encuentran los ciudadanos a la hora de presentar sus iniciativas es el de las materias excluidas. Es decir, aquellos temas que la Constitución o la ley excluyen, sobre los cuales los ciudadanos no pueden instar a legislar al Parlamento, en función, parece, de su autonomía parlamentaria. Veremos la LO 3/1984:

> *Artículo 2 Materias excluidas de la iniciativa legislativa popular*
> *Están excluidas de la iniciativa legislativa popular las siguientes materias:*
> ***1.*** *Las que, según la Constitución, son propias de Leyes Orgánicas.*
> ***2.*** *Las de naturaleza tributaria.*
> ***3.*** *Las de carácter internacional.*

4. *Las referentes a la prerrogativa de gracia.*
5. *Las mencionadas en los artículos 131 y 134.1 de la Constitución*

También quedaría excluida de la ILP la reforma constitucional[20]. Aunque no hay una mención expresa en el artículo 87.3 de la CE, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1994 que resuelve un recurso de amparo contra un Acuerdo del Parlamento Vasco que declara inadmisible una proposición de ley de iniciativa legislativa popular para reformar la Constitución.

Primero debemos aclarar que, en cuanto al punto 5, se refiere a la planificación económica y los Presupuestos Generales del Estado. El caso de excluir estas materias de la presentación de iniciativas populares responde a motivos de tipo jurídico. Según la profesora Paloma Biglino[21] esta exclusión "responde a la necesidad de mantener inalterado el delicado equilibrio que nuestra Constitución establece en la relación Gobierno-Parlamento y respetar la función de dirección política que la Constitución atribuye al primero" en alusión a la autonomía parlamentaria de las cámaras.

A nuestro juicio, permitir la presentación de iniciativas ciudadanas sobre los PGE o la planificación económica no pone en riesgo la dirección política del Ejecutivo con respecto a estos temas, teniendo en cuenta el actual funcionamiento de la institución que estamos estudiando. En definitiva, a través de la toma en consideración se puede rechazar el debate de la iniciativa o incluso, si se quiere llegar a debatir, se puede rechazar total o parcialmente su contenido en el debate.

Sí nos parece importante que los ciudadanos puedan proponer, a través de la iniciativa popular, un proyecto de ley sobre cuestiones económicas. No encontramos sentido excluir un tema sensible para el ciudadano de la participación política, si bien, sí corresponde tradicionalmente al Ejecutivo proponer a la cámara un proyecto de Presupuestos Generales del Estado que ésta apruebe.

---

[20] Suiza cuenta con un modelo que concede mayor participación política a los ciudadanos hasta el punto de permitir la reforma constitucional mediante iniciativa legislativa popular, eso sí, consiguiendo un mayor número de firmas que para una ley ordinaria

[21] BIGLINO CAMPOS "La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico español" en Revista Española de Derecho Constitucional nº 19 año 1987, pág. 109

En relación a la primera materia excluida, las que sean propias de Ley Orgánica, entendemos que la Constitución cualifica la aprobación de leyes por este procedimiento por afectar a derechos fundamentales. Parecería lógico, por tanto, que para aprobar una ILP en este sentido se aumentara el número de firmas o más bien se exigiera la misma mayoría parlamentaria cualificada que para las LO.

Sin embargo el de la afectación de materias de LO no parece a priori un argumento suficiente para denegar todas las ILP que afecten a derechos fundamentales. Desde una óptica extensiva, acabaríamos subsumiento todas las propuestas hacia la afección de algún derecho fundamental, y por tanto todas o la mayoría acabarían siendo inadmitidas como, por cierto, viene sucediendo ya.

En cuanto a las materias 2, 3 y 4, parece razonable excluir la prerrogativa de gracia, que es una competencia exclusiva del parlamento y no tiene demasiado interés entre la ciudadanía. Respecto de las de carácter tributario e internacional, son dos competencias tradicionalmente muy ligadas al poder de las cámaras. Posiblemente el constituyente intentara “blindar” materias con intereses tan importantes en juego para el interés general.

A pesar de ello, sería interesante “abrir” esas materias al debate general y permitir la presentación de iniciativas ciudadanas. Igual que en el caso anterior, demasiados temas serían subsumibles en el carácter tributario o internacional para rechazar iniciativas. A la par que reducimos la arbitrariedad de la Mesa del Congreso, sería necesario concretar los motivos por los cuales habría que rechazar ILP que afectaran a los intereses generales del Estado, desde el punto de vista del carácter tributario e internacional.

Debemos tener en cuenta que aunque una ILP afecte a cuestiones muy sensibles para el Estado como las que acabamos de ver, todo el poder terminaría recayendo sobre el Parlamento. Para aprobar o rechazar la proposición de ley sobre materias de LO, internacionales o tributarias, seguiríamos necesitando la mayoría del Parlamento, elegido por los ciudadanos. Respecto a Brasil, la propia Constitución señala muchas materias como exclusivas de las cámaras o del Presidente de la República.

Este es un motivo por el que muchos expertos denominan a estos instrumentos como de “democracia semidirecta” y no “directa”, y que su vez ha sido utilizado para denominar a la ILP “propuesta de iniciativa” y no “iniciativa”[22]. En definitiva, la decisión sobre aprobar o no la propuesta termina recayendo en el Parlamento democraticamente elegido. Por ello no parece oportuno ser tan cautelosos y privar a los ciudadanos de opinar sobre esos temas mediante la ILP.

Terminado este proceso, y una vez admitida a trámite la proposición de ley, lo cual ya es bastante difícil como hemos visto, la ILP se encuentra con otra tediosa labor: la recogida de las firmas exigidas. Como vamos a ver, esta labor se ve dificultada por el excesivo número de firmas que se exigen y el plazo concedido.

En la mayoría de países y en particular en España, incluida la regulación autonómica, el número de personas que tienen que avalar una proposición de ley se nos antoja excesivo. En España, la Constitución en su artículo 87.3 señala: “En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas”. Se trata de un nivel de apoyo elevado a juzgar por el siguiente dato. De las 95 ILP presentadas a lo largo de la democracia española, 34 de ellas caducaron; e intuimos que la mayoría por no alcanzar el número de firmas exigido en el tiempo concedido.

El argumento anterior nos lleva a poner en tela de juicio también el tiempo que se concede para la recogida de esas 500.000 firmas, que en España son 6 meses prorrogables por 3 más, es decir, un total de 9 meses[23]. Se trata, en muchos casos, de un periodo de tiempo insuficiente para logar un nivel óptimo de publicidad de la propuesta.

Si consideramos positiva una regulación garantista del derecho a participar en los asuntos públicos, lo oportuno sería rebajar el número de firmas exigido. Existen ya numerosas regulaciones[24] que vinculan el número de firmas a la población, a través de un porcentaje del censo electoral que tiene que avalar la iniciativa, lo cual

---

[22] El derecho de presentar la iniciativa es denominado “ius ut procedatur” ya que es de carácter procedimental: tenemos derecho los ciudadanos a presentarla, no al resultado de “participar” en los asuntos públicos

[23] En el caso de presentar una ILP ante la cámara de una comunidad autónoma cada región señala su propio plazo que van desde los 3 meses hasta los 9 que concede Castilla y León con posibilidad de otros 3 meses con carácter extraordinario

[24] En otros países pero también algunas CCAA en España, en la actualidad las siguientes: Navarra, Extremadura, Galicia y Castilla y León

es más justo si tenemos en cuenta los movimientos migratorios. Para ello, en el caso español, sería necesaria la reforma de la Constitución en ese punto, al venir ya determinada por la Carta Magna el mínimo de rúbricas. Asimismo, en el mismo sentido, en el caso brasileño.

El caso de Brasil es el que comentamos. Este país elige el criterio de población para fijar el número de firmas, y además establece requisitos adiccionales para contar con un mínimo de apoyos en cada Estado. Es una cuestión que, a nuestro juicio, dificulta la presentación de proposiciones de ley por parte de los ciudadanos:

> Artículo 61 de la Constitución Brasileña
>
> 2º. La iniciativa popular puede ser ejercida mediante la presentación a la Cámara de los Diputados de un proyecto de ley, subscrito, al menos, por el uno por ciento del electorado nacional, distribuido al menos en cinco Estados con no menos de tres décimas por ciento de los electores de cada uno de ellos.

Además, es necesario extender el plazo que se concede para la recolección de estas firmas. No consideramos oportuno fijar un plazo concreto, al igual que tampoco queremos ser tan concretos con el número de firmas, pero sí entendemos como positivo extender el plazo si tenemos en cuenta que son demasiadas las proposiciones que caducan en la práctica.

Siguiendo con el procedimiento; una vez presentada y admitida la ILP y conseguido el número de firmas en plazo, continúa la tramitación en el Congreso de los Diputados. Para llegar a ser debatida, la proposición de ley deberá ser ‘tomada en consideración’ por los parlamentarios. Esto supone un problema; muchas de ellas por oportunidad política son rechazadas para no obligar a los grupos políticos a manifestarse en un sentido.

Este hecho supone un menosprecio a la democracia directa y otro muro para el éxito de las ILP. Lo correcto a nuestro juicio sería, como recientemente recoge la

ley catalana[25], eliminar el trámite de toma en consideración y que toda proposición que cumpla los requisitos pase a ser debatida y votada por la cámara.

Además en este punto, y como también la novedosa ley catalana recoge, debemos dar voz a la Comisión Promotora, encargada de los trámites y representación de la iniciativa. Como establece esta legislación, los representantes de la ILP pueden intervenir en calidad de invitados en las comisiones y plenos de la cámara, así como solicitar intervenciones de expertos que vengan a refrendar las posiciones defendidas por su propuesta.

Creemos que estas propuestas mejorarían sustancialmente la iniciativa legislativa popular y por tanto la democracia participativa. Las mejoras en cuanto a reducir el número de firmas, su plazo de recogida, la eliminación de la toma en consideración, y eliminación de algunas causas de inadmisión, son cuestiones valoradas por la doctrina y por quienes han sufrido la tediosa labor de conseguir un resultado digno presentando una ILP.

Podríamos abordar otro tipo de mejoras, quizás secundarias, pero también debatidas por la doctrina como la mejora de la compensación de los gastos, el debate de la retirada de la iniciativa por los proponentes, o el uso de las nuevas tecnologías, pero consideramos suficiente para el presente artículo las propuestas planteadas y que vienen a paliar los escollos más importantes con los que se encuentra la iniciativa legislativa popular.

Actualmente es grato conocer que diferentes ILP están consiguiendo superar los trámites y además logrando notoriedad. En la presente legislatura, aunque con modificaciones, ha sido aprobada la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social. Además, también fue aprobada la proposición de ley que declaraba la tauromaquia patrimonio cultural inmaterial en España, que fue la primera en aprobarse.

Se trata, hasta el momento, de las dos únicas ILP aprobadas con por el Congreso de los Diputados de las 95 presentadas. La mayoría de ellas, como hemos ido comprobando, o bien fueron inadmitidas a trámite o bien caducaron por no reunir en plazo (normalmente) el número de firmas.

---

[25] Ley catalana 1/2006 de 16 de febrero

La nueva Ley de Iniciativa Legislativa Popular aprobada en España en 2006[26] viene a corregir alguna de las limitaciones y reservas de la regulación de 1984 que obedecían más bien al contexto político de entonces. Esta nueva ley acerca a la realidad actualidad y, a su vez, moderniza la tramitación de la ILP, sobre todo en cuanto a recogida de firmas y tramitación parlamentaria. Asimismo, las legislaciones autonómicas modernas intentan facilitar la presentación de iniciativas ciudadanas.

Pese a las mejoras que introduce esta ley de 2006, como la incorporación de la firma electrónica o la supresión de algunos trámites o causas de inadmisión de la ILP, no aborda los principales problemas que tratamos en este artículo. Toda mejora es positiva, pero perdemos una oportunidad de reforma integral para el éxito de un instrumento que viene a sumar en nuestra democracia.

Lo esperable en el contexto social, político y normativo que vivimos es que la democracia directa siga avanzando y compatibilizándose con la democracia representativa, y que dotemos a este tipo de instrumentos de una regulación ajustada a nuestro tiempo. El derecho a participar en los asuntos públicos, conforme al artículo 23 de la Constitución, está llamado a convertirse en un fuerte apoyo más de nuestro sistema democrático.

[26] Ley 1/2006 que reforma la ley 3/1984 de iniciativa legislativa popular

ORIGEN, SENTIDO Y DEVENIR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ricardo Rivero Ortega[27]

1. ¿Cuál es el origen y sentido del Derecho administrativo?

La tautológica definición del Derecho administrativo como el propio de la Administración pública, sin más, reclama una necesaria descripción del tal objeto, partiendo de su comprensión como poder organizado para la realización del interés público, distinguible del legislativo y el judicial.

Como diseño más estructurado o funcional, en todas las sociedades humanas se organiza la realización de los fines comunes – defensa, supervivencia, cuidado, prosperidad compartida – atribuyendo poderes para ello a ciertas personas. Su ejercicio genera universalmente una serie de riesgos o dificultades, a las que pretende dar cabal respuesta el Derecho administrativo.

Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo – *ubi societas, ibi ius* – ha existido siempre. En el origen de la civilización, cuando surgen la escritura y la planificación de los recursos, ya observamos instituciones de tal naturaleza. Todos los grandes imperios de la historia de la humanidad han requerido y desarrollado normas reguladoras de las relaciones entre el poder, los bienes y la gente.

En España, antes incluso de aparecer el Estado, a la altura del siglo XVI, se reconocen y multiplican comunidades locales con privilegios y cierto autogobierno. El Fuero de Brañosera (824) detalla toda una serie de concesiones de la nobleza a los montañeses replicadas después a lo largo de los siglos de la Edad Media. ¿Acaso no eran Administración estos primigenios municipios?

Nuestros historiadores han aportado elocuentes análisis de este período y los siguientes: La época de los Reyes Católicos, prolífica en desarrollos y muestras de construcción institucional (De los corregidores a las chancillerías). Una burocracia en parte polisinodial (consejos), pero también integrada por órganos ejecutivos unipersonales, encargados de recaudar tributos y hacer cumplir las leyes.

La colonización de América a lo largo de los siglos XVI y XVII conllevará igualmente reglamentaciones, más o menos respetadas, dirigidas tanto a garantizar

[27] Universidad de Salamanca

el interés de la Corona como a proteger a pobladores y viajeros de los excesos y abusos de sus funcionarios (a través, por ejemplo, del llamado juicio de residencia, o las normas de buena policía).

Se ha señalado con *auctoritas* el nacimiento del Derecho administrativo tras la Revolución Francesa (García de Enterría). Literalmente, como veremos, puede ser cierto, pero no lo es en cambio afirmar el poder absoluto del Rey, carente de límites o no sujeto a control alguno, hasta 1789. No fue así en el caso español, pues nuestros monarcas se toparon en pleno apogeo con ideas contrarias a su omnipotencia.

No sólo aquí. A lo largo de todo el mundo y en sus múltiples culturas hallaríamos sin gran esfuerzo filosofías y órdenes jurídicos dirigidos a racionalizar el ejercicio del poder público. Un hilo conductor que une las aportaciones de Confucio y el pensamiento de Cicerón, pasando por los espejos de príncipes (hasta Maquiavelo), incluyendo las *Empresas políticas* de nuestro Saavedra Fajardo.

Mucho antes de las revoluciones modernas, este pensamiento tuvo además una de sus más lúcidas expresiones en los pronunciamientos de la llamada *Escuela de Salamanca*: Vitoria, Molina, Suárez, teólogos razonadores frente a la autoridad ilimitada del monarca, defensores de la dignidad humana y el libre albedrío. Exitosos por cierto al convencer al Emperador con sus ideas.

Y es que todos los seres humanos compartimos un universal de repulsa y reacción frente a la tiranía. Cuando las sociedades sufren los excesos, se movilizan contra ellos para alcanzar un orden mejor en la administración de lo de todos, aunque algunas veces fracasen (otras no): las comunidades de Castilla, las independencias americanas o las primaveras árabes son algunos ejemplos.

Ese orden requiere el Derecho administrativo, expresión cultural de la necesidad humana de ejercicio comedido del poder, contribución decisiva al desarrollo de una Administración organizada, poderosa y racionalizada, clave del Estado de Derecho. El control del comportamiento de autoridades y funcionarios mediante normas marca una diferencia crucial para la tranquilidad de las personas.

Al tiempo, Administración pública y Derecho administrativo se realimentan. Cuando más crece aquella y se consolida, más necesita un conjunto detallado de reglas ordenadoras. A su vez, tales regulaciones se ven orientadas en el sentido de

reforzar y racionalizar el comportamiento administrativo, desde su propia fenomenología. Y por ende le confieren exorbitantes poderes de aplicación.

En su naturaleza, común con otras grandes empresas, las Administraciones contemporáneas responden a modelos de decisión a menudo subóptimos (Herbert Simon). Por ello, intentan corregir sus defectos con ajustes organizativos y normas de procedimiento. El Derecho administrativo también intenta cubrir esta necesidad, orientando hacia la objetividad su comportamiento.

La creciente asignación de tareas a la Administración pública no sólo incrementa sus dimensiones estructurales. También acrecienta su hambre de potestades y técnicas destinadas a la satisfacción de los fines encomendados. Tal ciclo de nuevas tareas, mayor organización, más complejidad y crecientes poderes ha de regularse para corregir abusos y excesos. Ahí radica una de las claves del Estado de Derecho.

Por ello resulta tan necesario el Derecho administrativo, toda vez que no parece posible una sociedad próspera sin sus instituciones. La experiencia histórica manifiesta conexiones notables entre el respeto a la esfera de derechos e intereses de las personas y el desarrollo económico. Si los seres humanos se enfrentan a la incertidumbre sobre el comportamiento del poder, pierden motivación para esforzarse.

No es extraño hallar más crecida esta rama del Derecho público en las naciones civilizadas. Y no sólo en Occidente, por supuesto. Junto a Alemania, Estados Unidos, España, Francia o Italia, observamos el cultivo de esta Ciencia en países muy distantes entre sí, como Japón o Brasil. Cuando una sociedad avanza en la línea del control del poder, inevitablemente requiere instituciones jurídico-administrativas.

¿Cuál es nuestra definición del Derecho administrativo? Conjunto de normas y principios reguladores de la organización y la actividad de la Administración pública, tendentes a la realización de los intereses públicos, garantizando al tiempo el respeto de los derechos de las personas. También es una Ciencia jurídica aplicada cuyo origen moderno data de principios del siglo XIX. A continuación lo veremos.

2. La construcción del Derecho administrativo como Ciencia jurídica.

Acabamos de ver cómo el Derecho administrativo, en su versión apropiada, requiere un entorno favorable al respeto de las personas y el cumplimiento de las normas. Tal contexto cultural se producirá, tras la Ilustración del siglo XVIII, en el momento de las revoluciones liberales americanas y europeas. Será entonces cuando la modernidad genere consecuencias políticas relevantes.

Claro que antes en la historia encontramos ejemplos políticos favorables a la actuación comedida del poder. Un ejemplo lo ofrece la época del Rey Asoka, en la India del siglo tercero A.C, cuyos edictos proclamaban la tolerancia y el respeto de personas de todas las creencias. O la época en la que Confucio aplicaba sus preceptos como Ministro de Justicia del Estado de Lu.

También en Occidente encontramos legislación y organización administrativa orientadas a la utilidad pública en clave humanista volcada sobre el Derecho canónico, verdadero Derecho administrativo *avant la lettre*: regulador de la personalidad jurídica, los bienes eclesiásticos, sus “funcionarios”; hay muchas más normas de esta naturaleza en la Iglesia que en las monarquías medievales (LE BRAS).

Son considerables antecedentes históricos, pero el referente sigue siendo la Revolución Francesa porque aspiró a realizar tanto la división de poderes como la declaración de derechos del hombre y el ciudadano. Finalmente se desvió de tales ideales, pero al menos ensayó un conjunto de normas dictadas para subordinar el comportamiento de las autoridades administrativas al imperio de la ley.

Estas normas, controladas por la propia Administración, comenzarán a estudiarse en las facultades de Derecho francesas en la primera mitad del siglo XIX (1815-1828). Poco después de la creación del Consejo de Estado, durante el período de Napoleón, aparecen los primeros administrativistas en Francia: Cormenin, Macarel, Bonnin, Gandillot o Henrion de Pansey.

También en España, hace aproximadamente doscientos años parecen las primeras normas del Derecho administrativo con tal nombre. Las aportaciones de ilustres afrancesados – Javier de Burgos, Alejandro Oliván – se proyectarán más tarde, tras la muerte de Fernando VII, en leyes administrativas explicadas a los juristas del momento en nuestras Facultades de Derecho.

La Ley de Expropiación Forzosa, decretos sobre selección de funcionarios, sobre contratos de obra pública, leyes de lo contencioso o del procedimiento

administrativo. También, en los albores del siglo XIX, se escribirán los rudimentos de nuestra disciplina en castellano en textos como el de Dou y Bassols, *Instituciones del Derecho público general de España* (Madrid, 1800).

¿Cómo afrontaban el Derecho administrativo nuestros tratadistas hace casi doscientos años? Tras las primeras traducciones de los manuales francesas (Macarel), habría que dirigirse para verlo a las obras de Ortiz de Zúñiga (*Cuaderno sobre cuestiones políticas y administrativas*, 1833) y Silvela (*Colección de proyectos, dictámenes y Leyes orgánicas o estudios prácticos de Administración*, 1843-1845).

Después vendrán otros como Santamaría de Paredes, cuya Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa propiciará debates de gran altura sobre el alcance del control de la Administración. Combinada con la Ley Azcárate de Bases del Procedimiento Administrativo, igualmente dictada en las postrimerías del siglo XIX, con un claro afán de regeneración democrática.

Aunque sus instituciones sirven para racionalizar y controlar el poder, el Derecho administrativo ha existido y sigue existiendo en contextos autocráticos, como muestra sin ir más lejos el caso español. Durante los años 50 del pasado siglo se aprobaron leyes administrativas de gran calidad técnica en ausencia de división de poderes y sin reconocimiento de derechos y libertades básicas.

3. Derecho administrativo, interés general y garantías individuales

La realización del interés general es la razón de ser de la Administración pública, por lo cual su régimen habrá de orientarse cabalmente hacia ese propósito. A veces se presentan voluntades particulares como bien público, siendo la desviación del ideal un carácter propio del ser humano, pero la presentación del Derecho administrativo raramente abdica de la intención favorable a la comunidad.

Así, la organización administrativa aspira a disponerse del modo más apropiado para alcanzar los objetivos de la sociedad. Cuando las estructuras no se corresponden con los fines, se frustran las expectativas generales. Ora por su multiplicación desmedida, ora por su insuficiencia de dimensiones, la defectuosa disposición de órganos y entes administrativos debe ser evitada.

Esto se consigue mediante convenientes normas de Derecho administrativo. La juridificación de la potestad organizativa obedece al afán de conseguir tanto la

racionalización como la efectividad sostenible del aparato de la Administración. Que su creación, modificación o supresión responda en todo caso a las necesidades reales de cada tiempo y lugar.

También la actuación de autoridades, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración debe sujetarse a preceptos alineados con la satisfacción del interés común. El riesgo de desviación de estos agentes ha de conjurarse mediante cautelas y normas proscribiendo la pérdida de neutralidad: exigencias de abstención, incompatibilidades y controles.

Para saber cuál es el interés general en cada caso se arbitran técnicas racionalizadoras y objetivadoras de las decisiones: limitaciones legales para evitar enfoques de corto plazo (exigencia de análisis de sostenibilidad); imposiciones de incorporación del criterio técnico (solicitudes necesarias de informes a profesionales cualificados); transparencia, en fin, como control difuso del proceder.

Si el interés general es un concepto jurídico indeterminado, determinable caso por caso con una única solución admisible, o si deja un mayor margen a la valoración de oportunidad, depende en gran medida del tipo de potestades ejercidas, sus efectos sobre las personas y la consiguiente reconducción de aquellas decisiones por sus normas reguladoras.

Pueden diferenciarse fácilmente las implicaciones para el interés público de los actos administrativos que se limitan a aplicar la Ley según el método de la subsunción (por ejemplo, la imposición de una sanción administrativa), de aquellos otros en los cuales la Administración programa y prioriza la asignación de recursos para el futuro (en el ámbito urbanístico o ambiental).

Incluso cuando se aprecia el interés general en esa perspectiva abierta de futuro o prioridades, terrenos propios del criterio político legitimado por las urnas, pueden los tribunales anular la interpretación del interés público realizado por los órganos administrativos. Hasta ese punto alcanza el control de la Administración en un Estado de Derecho, sin llegar a sustituir el criterio político por el judicial.

Rodeada de suficientes prevenciones, la realización del interés público puede y debe ser reforzada por eficaces categorías administrativas. Los títulos habilitantes y las prerrogativas sirven para ello, atribuyendo al poder administrativo motivos y herramientas suficientes para hacer prevalecer las aspiraciones sociales sobre los intereses de sus individuos.

Siempre, claro está, sin lesionar derechos fundamentales y respetando las legítimas expectativas. El elemento democrático característico del Derecho administrativo moderno no obsta su componente liberal, protector de cada persona como titular de un estatuto constitucionalmente reconocido. El equilibrio entre privilegios y garantías es crucial para la correcta comprensión de esta disciplina.

4. Derecho administrativo y Derecho privado

La naturaleza de la organización administrativa como poder público desaconseja y complica su sujeción al Derecho privado. No es recomendable la aplicación de las mismas normas a personas privadas y administraciones, toda vez que aquellas pueden actuar libremente, mientras la Administración ha de respetar una legalidad más estricta. Tampoco es verosímil su allanamiento, cual mero particular, en muchos casos.

Dicho esto, para la construcción del Derecho administrativo como Ciencia jurídica fue necesario el recurso al troquel del Derecho privado. En el origen de las instituciones de esta disciplina se hallan las propias del Ordenamiento civil, expresivas de una teoría general o de supraconceptos (Sebastián Martín-Retortillo). Posteriormente reelaborados en su régimen por su carácter jurídico público.

Así sucedió con los contratos administrativos o el régimen del dominio público, partiendo de la dogmática iusprivatista, distanciándose después de sus presupuestos más básicos. Frente a la igualdad de las partes en la contratación privada, prerrogativas de la Administración en la administrativa. Contra los rudimentos de la posesión y del tráfico jurídico del patrimonio privado, principios como la inalienabilidad en el público.

No siempre sin embargo requiere la Administración exorbitancias de Derecho público. A menudo le bastan las mismas herramientas jurídicas empleadas por los particulares para alcanzar sus fines. Cuando el legislador así lo considera, puede permitir con matices el recurso a formas mercantiles o contratos privados desde la conciencia del carácter poderoso y vicarial de esta organización.

Bien temprano reconocieron los tribunales la posibilidad de un uso instrumental del Derecho privado por la Administración pública, como muy pronto se comprobaron los excesos y el abuso de sus instituciones por las autoridades y los

funcionarios. En todo tiempo y lugar terminan poniéndose de manifiesto los riesgos de permitir, a quien maneja el dinero público, hacerlo como si fuera suyo.

Sí es aceptable la renuncia a las prerrogativas en determinadas relaciones, aunque a menudo se torna ficticia o aparente tal pretensión de igualdad, descubriéndose cuando surgen los problemas o conflictos el carácter ineluctable de la organización administrativa. Ilegítima es en cambio la elusión de controles o exigencias de buena administración, concediendo el mismo trato a gestión pública y privada.

Al margen pues de las formas, las exigencias de procedimiento y garantía se mantienen, ora por la vía francesa de los llamados “actos separables”, ora mediante la teoría alemana del llamado “Derecho privado administrativo”, o por la sencilla imposición normativa de cumplir con preceptos de Derecho público aun cuando otros elementos de la relación jurídica se sometan al civil o al mercantil, cuando la Administración lleva a cabo una operación de compraventa, por ejemplo

5. La globalización del Derecho administrativo

A finales del siglo XX y principios del siglo XXI se multiplicaron exponencialmente los intercambios comerciales y culturales entre países muy distantes geográficamente. Aunque las relaciones económicas existían desde antiguo, la transformación de nuestros conceptos de tiempo y espacio por mor de las tecnologías facilitó su crecimiento en términos nunca antes vistos.

Entre las muchas consecuencias de la mayor interdependencia de áreas extremas se pueden señalar riesgos sistémicos de grado mayúsculo. Crisis financieras internacionales, posibles pandemias o expansión de conflictos antes localizados en puntos concretos de la tierra. Es más que un lugar común afirmar que lo que ocurre a miles de kilómetros de distancia puede afectar a nuestras vidas.

Tales circunstancias imponen respuestas acordadas y coordinadas a nivel global. Las organizaciones internacionales adquieren mayor protagonismo en este contexto, pues los gobiernos nacionales carecen de la capacidad necesaria para adoptar medidas eficaces aisladamente. Los mayores desafíos de la humanidad dejan inermes al Estado nación tradicional, al trascender sus fronteras.

El Derecho internacional, antes centrado en las relaciones entre agentes soberanos, deviene un Ordenamiento común con múltiples proyecciones internas: tratados de prevención del cambio climático, condicionantes de las intervenciones ambientales; acuerdos sobre la protección de la infancia o la igualdad de género, orientadores de las políticas sociales; o regulaciones internacionales de la banca.

Si las prácticas agrarias o las prohibiciones de seguridad de otros países pueden incidir directamente en nuestras vidas, pues comemos sus productos y coexistimos con personas de todo el mundo, esas regulaciones no deberían dictarse sólo desde las preferencias o intereses propios de las autoridades locales. Es preciso llegar a compromisos conjuntos, traducidos en un Derecho común.

De ahí que los gobiernos dispongan de un margen efectivamente cada vez menor a la hora de decidir. Esto es claro en las políticas económicas en Europa, pero también sobre el diseño de las instituciones administrativas más básicas, desde el procedimiento a los controles anticorrupción. Encontramos cada vez más normas supranacionales y globales condicionadoras de las leyes estatales.

Muestras evidentes de la globalización del Derecho administrativo son las normas internacionales con proyección sobre el Derecho administrativo: acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, tratados bilaterales de protección de inversiones, los acuerdos de prevención de la corrupción o los códigos modelos, así como la Carta Iberoamericana de los Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

O los códigos UNCITRAL, como la Ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de 2011, cuyas finalidades confesas son lograr el uso óptimo de los recursos y evitar abusos en los procesos de adjudicación. Este texto, que sustituye a otro anterior de 1994, es acompañado por una guía para su incorporación al Derecho interno y unas directrices para la promulgación de un reglamento interno de contratación pública.

La misma CNUDMI pone a disposición de los gobiernos una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (2000) y disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructuras con financiación privada (2003). También se ofrecen desde este organismo dependiente de Naciones Unidas leyes modelos y un reglamento sobre la transparencia de los arbitrajes entre

inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (cuya entrada en vigor se producirá en abril de 2014).

Son todos ellos textos que dan respuesta a la realidad compleja de los convenios bilaterales en materia de protección de inversiones, normas usadas para exceptuar la aplicación de los Derechos administrativos nacionales a proyectos de envergadura realizados por empresas multinacionales, compañías que prefieren tales marcos porque no terminan de fiarse de los gobiernos y su variabilidad democrática.

El arbitraje internacional en materia de inversiones, realizado en el marco del CIADE del Banco Mundial u otras instituciones, expresa gravemente negativas implicaciones de la globalización sobre las instituciones administrativas. Esta renuncia de soberanía conlleva la sustracción del control de las decisiones de los gobiernos y los tribunales nacionales. ¿Son opciones legítimas?

O ACORDO DE COMPRAS PÚBLICAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO: PONTOS PRINCIPAIS

Túlio Belchior Mano da Silveira[28]

Renata de Assis Calsing[29]

INTRODUÇÃO

Este estudo exploratório tem como objetivo principal demonstrar a importância do Acordo sobre Compras Governamentais, desenvolvido no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Para tanto, foi utilizada a revisão bibliográfica como meio de pesquisa, buscando se comprovar pelo método hipotético dedutivo a importância deste acordo, tanto quanto instrumento para se fomentar o comércio internacional, quanto uma efetiva ferramenta de combate a corrupção.

Neste sentido destaca-se que o Acordo sobre Compras Governamentais, que é um instrumento plurilateral mantido pela Organização Mundial do Comércio, que vem gradativamente ganhando apoio de diversas nações e por isto, é relevante tanto para a prática jurídica quanto para a academia.

No desígnio de atingir seus objetivos, os Estados precisam destinar recursos públicos à compra de bens, serviços e obras, denominadas de “contratações públicas”, “compras públicas” ou “compras governamentais”. No Brasil, estas modalidades são disciplinadas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[30], que versas sobre as licitações e contratos.

A contratação pública é a compra de bens e serviços pelos órgãos públicos para seus próprios fins. É um procedimento formal por meio do qual o Estado ou um

---

[28] Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília na linha de pesquisa de Direito Internacional Econômico. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Católica de Brasília com extensão para docência Superior.

[29] Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora Titular do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Analista de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.

[30] BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

dos seus organismos estatais adquire mercadorias e serviços, incluindo, dentre eles, os serviços de construção ou obras públicas. Engloba, ainda, a descrição dos pré-requisitos, a identificação, a seleção e a solicitação de fornecedores, a avaliação das ofertas, a solução de controvérsias e reclamações, a preparação e a adjudicação do contrato e todas as fases da administração de um contrato (CRUZ; RUDNIK; WITCHMITHEN. 2011, p. 244).

De acordo com a linguagem da Organização Mundial do Comércio, "compras governamentais" significam o:

> [...] processo mediante o qual um governo obtém mercadorias ou serviços, ou uma combinação de ambos, ou passa a ter seu uso, para fins próprios e não para venda ou revenda comercial ou para utilização na produção ou no fornecimento de mercadorias ou serviços destinados à venda ou revenda comercial (CRUZ; RUDNIK; WITCHMITHEN. 2011, p. 259).

Portanto, as "compras governamentais", são um elemento essencial do funcionamento dos Estados, eis que assegura os recursos que permite a Administração Publica realizar o seu trabalho e tem, assim, impacto de primeira ordem aos interesses e às partes interessadas da sociedade.

A contratação pública tem, atualmente, importância econômica considerável, tanto no âmbito nacional como internacional, representando uma proporção significativa do Produto Interno Bruto - PIB nacional[31].

Em boa parte dos países, o Estado, frequentemente são apontados como os "maiores compradores de bens e serviços de todo tipo, desde *commodities* básicas, remédios, passando por maquinários, combustíveis, produtos têxteis e equipamentos de alta tecnologia" (MOREIRA. 2011, p. 01).

No plano interno, a contratação de bens e serviços por organismos governamentais proporciona os instrumentos e insumos necessários para que o

---

[31] Segundo Denis Audet as compras estatais representam parte importante da renda mundial, vale dizer, "US$ 2.563,5 bilhões ou 8,7% do PIB mundial" e também representam aproximadamente 45% do total dos gastos públicos, significando que a intervenção do Estado na sociedade é bastante grande (AUDET. 2002, p. 23). No Brasil as compras públicas representam a média de 20% do Produto Interno Bruto - PIB. Num estudo realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, em 1998, estimou que o volume total das compras governamentais foi de U$ 5,55 trilhões, ou seja, o correspondente a 82,3% de todas as transações de bens e serviços que ocorreram no mundo naquele ano. Estimou ainda, este estudo, que nos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE o volume das compras estatais respondeu, em média, por 19,96% de seu Produto Interno Público Nominal, e por 14,48% para os países que não eram membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE da época (OCDE. 2002).

governo possa prestar serviços públicos e executar outras tarefas de interesse público.

Os sistemas de contratação pública repercutem de modo significativo no uso eficiente dos fundos públicos e, em termos mais gerais, na confiança pública na Administração Pública e seus governantes.

Os requisitos essenciais de um sistema eficiente de contratação pública são: a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública: conseguir uma boa relação entre qualidade e preço; o acesso público às informações relacionadas com os contratos públicos; e as oportunidades equitativas para que os fornecedores possam competir para obter contratos públicos.

Levando-se em conta que a contratação pública de bens e serviços representa parte significativa do mercado de um país para os fornecedores estrangeiros, a contratação pública é, também, de grande importância para as correntes comerciais internacionais e os mercados de contratação pública são de relevância para os fornecedores estrangeiros e nacionais.

Em termos normativos, no plano internacional existe o “Acordo sobre Compras Governamentais - ACP”, que é um acordo plurilateral mantido pela Organização Mundial do Comércio - OMC que estabelece para os países signatários diversos compromissos em assuntos de transparência e acesso aos mercados nacionais de compras públicas.

Como os recursos destinados à Administração Pública de um Estado geralmente são escassos, surge a necessidade de se implementar processos eficientes de compras públicas. Em geral, estima-se que um regime aberto de contratação, transparente e não discriminatório, seria o melhor instrumento para realizar a otimização do uso dos recursos públicos.

O Brasil é membro da Organização Mundial do Comércio, mas não é signatário do Acordo de Compras Públicas. Por isso, parece que não existe interesse do governo brasileiro em abrir o mercado interno para a contratação pública ou, mesmo, de se envolver com compras públicas internacionais. No entanto, conforme a verificação de Clarissa Chagas Sanches Monassa e Aubrey de Oliveira Leonelli (2013, p. 83), as regras existentes no ordenamento jurídico nacional “já preveem maneiras eficazes para igualar os participantes, sejam eles nacionais ou estrangeiros”, sendo que não haveria impedimentos à “participação de estrangeiros nos processos de compras nacionais, o que excluiria a necessidade, e ainda, não seria interessante, sob o ponto de vista jurídico, da adesão pelo Brasil do Acordo de Compras Públicas”.

> De qualquer modo, a legislação interna brasileira se incumbiu de disciplinar, por meio da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as hipóteses e procedimentos para licitar e contratar com a Administração Pública, incluindo, por conseguinte, “as compras governamentais de produtos, bens ou serviços nacionais e também internacionais”. Conforme Jocema Bittencourt da Cruz, Mariana Rudnik e André Witchmithen (2011, p. 245), “as regras e normas estabelecidas pelo ordenamento pátrio no tocante às licitações internacionais muito se assemelham às previstas no acordo da Organização Mundial do Comércio, com algumas peculiaridades”.
>
> Levando-se em conta que a contratação pública é um importante aspecto do comercio internacional, tanto pelo tamanho considerável do mercado e dos benefícios resultantes para as partes interessadas nacionais e estrangeiras, devido ao aumento da concorrência, ao longo dos anos, os membros do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT hoje denominado de Organização Mundial do Comércio - OMC tem buscado maneiras de abordar a questão da contratação pública no marco do sistema multilateral de comércio.
>
> Como resultado, foram estabelecidas três esferas principais de frente de trabalho pela Organização Mundial do Comércio em matéria de compras públicas: o Acordo Plurilateral sobre Contratação Pública - ACP (*Agreement on Government Procurement* - GPA); as negociações sobre a contratação em matéria de serviços de conformidade com o parágrafo 2º, do artigo 13, do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços - AGCS, e o trabalho sobre a transparência da contratação pública no grupo de trabalho estabelecido pela Conferência Ministerial de Singapura, em 1996.

O Acordo Plurilateral sobre Contratação Pública é o único acordo juridicamente vinculante da Organização Mundial do Comércio que trata especificamente da contratação pública. É um tratado plurilateral administrado por um Comitê de Contratação Pública, que está composto pelos membros da Organização Mundial do Comércio que são partes no Acordo Plurilateral sobre Contratação Pública e, por conseguinte, têm direitos e obrigações em virtude do acordo.

A versão atual do Acordo Plurilateral sobre Contratação Pública foi negociada durante a Rodada Uruguai (*Uruguay Round*[32]), que aconteceu de setembro de 1986 a abril de 1994, e entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 1996. No dia 15 de dezembro de 2011 os negociadores chegaram a um acordo histórico onde foram plasmados os resultados da renegociação do Acordo. A referida decisão política foi confirmada em 30 de março de 2012 por meio da adoção formal da Decisão sobre

---

[32] A Rodada do Uruguai foi iniciada em setembro de 1986 e concluída em abril de 1994, cujo resultado foi à transformação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT na Organização Mundial do Comércio - OMC, sediada em Genebra, na Suíça.

os resultados das negociações celebradas em conformidade com o parágrafo 7º, do artigo 24 do Acordo Plurilateral sobre Contratação Pública nº 113 (OMC. 2012).

> Sobre as negociações do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços - AGCS acerca da contratação de serviços, em conformidade com o parágrafo 1º, do artigo 13, do AGCS, a contratação pública está isenta das principais disposições do referido acordo sobre acesso aos mercados. Não obstante, o parágrafo 2º, do artigo 13, do AGCS, estabelece um mandato para as negociações multilaterais a contratação de serviço. As negociações previstas no parágrafo 2º, do artigo 13, do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços, tiveram lugar no Grupo de Trabalho sobre as Normas do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços, estabelecido em 1995 pelo Conselho do Comercio de Serviços.

Quanto ao Grupo de Trabalho sobre a Transparência da Contratação Pública, este foi estabelecido pela Conferência Ministerial de Singapura de 1996, como órgão multilateral encarregado de realizar um estudo sobre a transparência das práticas de contratação pública, que levasse em conta as políticas nacionais e, sobre a base desse estudo, elaborar elementos para sua inclusão em um acordo apropriado.

2. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A Organização Mundial do Comércio - OMC, que em inglês é denominada de *World Trade Organization - WTO*, contava com 159 membros em de 02 de março de 2013[33].

> Neste diapasão, pode se afirmar que a Organização Mundial do Comércio[34] é uma instituição internacional baseada em normas decorrentes de acordos negociados, encarregada da construção, da defesa e do desenvolvimento do sistema mundial do comércio, isto é, das regras do comércio internacional, e tem como objetivos declarados: promover a elevação dos níveis de vida; o pleno emprego; a expansão da produção e do comércio de bens e serviços; a proteção do meio ambiente; o uso dos recursos naturais em níveis sustentáveis; bem como realizar esforços para assegurar uma participação mais efetiva dos países em desenvolvimento no comércio internacional (LEWANDOWSKI. 2004, p. 82).
>
> A OMC entrou em funcionamento no início de 1995, substituindo o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT “na gestão e administração dos acordos multilaterais sobre comércio internacional” resultantes de uma série de negociações comerciais chamadas de “rodadas”, culminadas no ciclo de

[33] OMC, Organização Mundial do Comércio. **Sítio eletrônico oficial**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.wto.org/>. Acesso em: 13 mar. 2014.

[34] A Organização Muncial do Comércio - OMC faz parte de uma terceira geração do sistema multilateral de regulação econômica. Sua mais antiga antepassada é a Organização Internacional do Comércio - OIC, idealizada em meados da década de quarenta, mas que não chegou a funcionar, embora tenha sua importância eis que inspirou a criação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT, de 1948, instituído para administrar as regras e os fluxos de comércio multilateral.

> negociações multilaterais de Doha (Rodada de Doha) iniciado em 14 de novembro de 2001.

Deve-se lembrar de que a OMC simboliza tanto um conjunto de normas próprias, quanto um fórum de negociação permanente, que ajuda a resolver diferenças entre os países-membros, onde os Estado-parte se reúnem para buscar soluções aos problemas comerciais.

> A OMC quanto ao “conjunto de normas”, é composto de diversos Acordos, que são documentos que estabelecem as normas jurídicas fundamentais (princípios e regras) do comércio internacional que obrigam os governos dos países-membros a manter suas políticas comerciais dentro dos limites convencionados pela maioria. Mesmo negociados e firmados pelos governos, o objetivo dos Acordos da Organização Mundial do Comércio é ajudar aos produtores de bens e serviços, os exportadores e os importadores a desenvolver suas atividades, permitindo ao mesmo tempo aos governos alcançar objetivos sociais e ambientais (LEWANDOWSKI. 2004, p. 82).

Seu núcleo está constituído pelos Acordos, que são negociados e firmados pela maioria dos países que participam do órgão. Contudo, a Organização Mundial do Comércio não se dedica apenas à liberalização do comércio, ao contrário, dependendo da situação ou circunstância, suas normas são destinadas justamente a apoiar a manutenção de obstáculos a uma total liberalidade do comércio, como acontece, por exemplo, na tutela dos direitos dos consumidores, ou ainda, na criação de barreiras fitossanitárias, que buscam impedir a disseminação de doenças e a proteção do meio ambiente (OMC. 2012).

O principal propósito do sistema normativo da Organização Mundial do Comércio é ajudar na circulação dos fluxos comerciais com a máxima liberdade possível, sempre que não produzam efeitos secundários desfavoráveis, porque isso é importante para o desenvolvimento econômico e à garantia do bem-estar das pessoas.

Isto quer dizer que, em parte, OMC visa eliminar obstáculos, e também assegurar que os particulares, as empresas e os próprios Estados conheçam quais são as normas que regem o comércio, seja no âmbito interno ou internacional, dando-lhes a segurança de que as políticas não sofram mudanças abruptas.

Dito de outro modo, as normas dos Acordos da Organização Mundial do Comércio devem ser transparentes e previsíveis, assegurando condições de segurança aos envolvidos (OMC. 2012).

> Atualmente, a Organização Mundial do Comércio é o fórum de novas negociações do marco das compras governamentais, iniciado, em 2001, com o chamado "Programa de Doha (Qatar) para o Desenvolvimento[35]".
>
> Por esta rodada de negociações no caso de os países-membros enfrentarem dificuldades de crescimento socioeconômico por conta dos obstáculos ao comércio e solicitarem sua redução, as negociações deverão contribuir para a liberação do comércio (PARLAMENTO. 2009).
>
> Também não se pode olvidar que há um terceiro aspecto importante de trabalho da Organização Mundial do Comércio. Expresso na busca pela Organização Mundial do Comércio em ajudar "a resolver as diferenças".
>
> As normas jurídicas referentes relações comerciais frequentemente tratam de interesses contrapostos. Os acordos, inclusive os negociados com esmero, no sistema da Organização Mundial do Comércio necessitam muitas vezes ser interpretados, à luz dos Ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.
>
> A maneira mais harmoniosa de se resolver essas diferenças é por meio de um procedimento imparcial, baseado num fundamento jurídico decorrente de negociação e do cumprimento do que foi devidamente acordado. Este é o propósito que inspira o processo de solução de diferenças e conflitos estabelecido nos Acordos da Organização Mundial do Comércio.

Os resultados das referidas rodadas trouxeram significativas mudanças em termos multilaterais, visando permitir o funcionamento de um sistema comercial internacional integrado, sólido e eficaz, concretizando o objetivo de criação de uma organização internacional para regular o comércio internacional.

Também, são funções primordiais da Organização Mundial do Comércio, a administração e a aplicação dos acordos multilaterais e plurilaterais de comércio, bem coomo a supervisão da implementação de seus instrumentos normativos nos distintos países envolvidos, e ainda criar condições para ser um foro privilegiado para as negociações e a solução de controvérsias, envolvendo o comércio internacional (LEWANDOWSKI. 2004, p. 82).

Destaca-se, que a Organização Muncial do Comércio é o principal organismo internacional que se ocupa das normas que disciplinam o comércio entre os países. Seu principal propósito é assegurar que as correntes comerciais circulem com a máxima facilidade, previsibilidade e liberdade possível (OMC. 2007, p. 01).

---

[35] A Rodada de Doha (Qatar), de 14 de novembro de 2001, é a rodada de negociações comerciais mais recente entre os Estados-membros da Organização Mundial do Comércio - OMC. Tem por objeto a reforma do sistema de comércio internacional por meio do estabelecimento de medidas encaminhadas a reduzir os obstáculos ao comércio e revisar normas comerciais. revisadas. Também conhecida como "Programa de Doha para o Desenvolvimento", tendo em vista que um de seus objetivos fundamentais é melhorar as perspectivas comerciais dos países em desenvolvimento. A Rodada de Doha teve início, oficialmente, na Quarta Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio - OMC, celebrada em Doha (Qatar) em 14 de novembro de 2001 (OMC. 2012, p. 01).

Por se tratar de uma organização internacional com caráter permanente a OMC tem a função de garantir que o comércio flua da forma mais livre possível visando o aumento da prosperidade dos Países-membros. Para tanto, a Organização Mundial, apresenta uma estrutura sofisticada[36], organizada da forma abaixo descrita:

a) primeiro nível: Conferência de Ministros, órgão de deliberação máximo formado por representantes de todos os seus integrantes, que se reúnem cada dois anos, pelo menos, primordialmente em sua sede em Genebra na Suíça, para discutir e decidir sobre todas as questões e matérias relacionadas com qualquer acordo multilateral de comércio;

b) segundo nível: o Conselho Geral, colocado imediatamente abaixo da Conferência Ministerial, é composto pelos pêlos chefes das delegações dos Países-membros ou seus substitutos, congregando-se e exercendo as funções da Conferência Ministerial no intervalo das reuniões. O Conselho Geral exerce funções executivas e tem como atribuição principal supervisionar a operação do sistema multilateral de comércio, apoiado por diversos comités especializados, transmudando-se em Órgão de Solução de Controvérsias, quando necessário, para fiscalizar os procedimentos no sentido de dirimir conflitos entre os Estados-membros. O Conselho Geral atua em representação da Conferencia Ministerial em todos os assuntos da Organização Mundial do Comércio.

Em suma, além de executar as funções da OMC, o Conselho Geral funciona como Órgão de Exame das Políticas Comerciais, para analisar as políticas comerciais dos Países-membros e como Órgão de Resolução e Controvérsias, para fiscalizar os procedimentos e dirimir conflitos entre os Países-membros, composto pelo Órgão Permanente de Apelação e pelos Grupos Especiais de Solução de Controvérsias[37];

---

[36] “[...] a Organização Mundial do Comércio - OMC pertence aos seus membros. Os países adotam suas decisões através de diversos conselhos e comitês integrados por todos os Membros da organização” (tradução livre) (OMC. 2007, p. 101).

[37] “Entre as conferências ministeriais, o trabalho cotidiano está ao encargo de três órgãos: o Conselho Geral; o Órgão de Solução de Diferenças e o Órgão de Exame das Políticas Comerciais. Na realidade, os três são o mesmo, pois no Acordo por meio do qual se estabelece a Organização Mundial do Comércio - OMC se diz que todos eles são o Conselho Geral, mas quando se reúnem têm diferentes mandatos. Também neste caso estão integrados por todos os Membros da Organização Mundial do Comercio. Devem informar à Conferência Ministerial (tradução livre) (OMC. 2007, p. 102).

Entre o segundo e o terceiro níveis está o Comitê de Negociações Comerciais, criado pela Declaração da Conferência Ministerial de Doha, realizada em novembro de 2001, que se submete e rende informações à autoridade do Conselho Geral e tem por função a supervisão do progresso das negociações, estabelecendo os mecanismos necessários de negociação. Este comitê cria órgãos de negociação subsidiários, que lidam com as diferentes questões em negociação;

c) terceiro nível: é formado por três Conselhos e seis Órgãos. Os Conselhos são: do Comércio de Serviços, do Comércio de Mercadorias, e dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, cada um deles lida com uma área de comércio diferente e rendem informações ao Conselho Geral;

Os seis Órgãos ou Comitês de Grupos de Trabalhos estão no terceiro nível porque rendem informação direta ao Conselho Geral e são integrados por todos os Países-membros da OMC, embora possuam âmbito de competência mais restrito do que os Conselhos. Abarcam distintas questões, como: comercio e desenvolvimento; meio ambiente; acordos comerciais regionais e questões administrativas; investimento e política de competência; transparência da contratação pública e facilitação do comércio.

Também existem outros órgãos subsidiários que se ocupam dos acordos plurilaterais, ou seja, que não estão firmados por todos os Estados-membros da Organização Mundial do Comércio, mas que são considerados de terceiro nível porque devem prestar regularmente informações sobre suas atividades ao Conselho Geral; e

d) quarto nível: formado pelos órgãos subsidiários de cada um dos Conselhos, que não rendem informações de suas atividades ao Conselho Geral, mas aos Conselhos aos quais são subordinados. Por exemplo, o Conselho de Comércio de Mercadorias possui onze comitês que se ocupam de temas específicos, como agricultura, acesso aos mercados, medidas *antidumping*, etc., e rendem informações sobre suas atividades ao Conselho de Comércio de Mercadorias. Também nesses casos estão integrados por todos os Países-membros.

Finalizando a estrutura da Organização Mundial do Comércio conta, também, com um Diretor Geral da Secretaria, incumbido das tarefas administrativas. Ressalte-se que a OMC é dirigida por seus Estados-membros e embasada no

consenso, isto é, não se delega autoridade para uma junta de diretores nem ao Diretor Geral da Organização, cuja função é apenas administrativa (OMC. 2007, p. 101).

3. ACORDOS MULTILATERAIS E PLURILATERAIS NO ÂMBITO DA OMC

Este tópico aborda os acordos multilaterais e plurilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comercio. Esses acordos existem nas economias emergentes e desenvolvidas com o objetivo de contribuir para que seus participantes consigam maior prosperidade e crescimento (MOTTA. 2002, p. 01).

Como a globalização atinge as mais variadas culturas, é natural que cause efeitos também diferenciados em cada Estado. Contudo, a difusão de valores mundiais promovidas pelo próprio fenômeno globalizante no sentido da liberalização comercial, permite a análise de suas consequências por meio de duas perspectivas ou vértices principais: o multilateralismo, que são os esforços empreendidos por organismos internacionais, mormente pela Organização Mundial do Comércio, no sentido de liberalizar o comércio em escala global.

Deve-se ainda notar que a OMC enfrenta o desafio de promover o desenvolvimento do comércio internacional, também no âmbito do regionalismo, que significa a fragmentação e setorização econômica concretizada por meio da criação de mercados regionais ou blocos econômicos a exemplo do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.

Os acordos da Organização Mundial do Comércio podem ser multilaterais ou plurilaterais. São multilaterais quando o Estado-membro tem a obrigação de participar de todas as questões; já no acordo plurilateral existe um sistema aberto em que os Estados membros podem escolher se participam ou não daquele acordo específico, vale dizer, a adesão dos países-membros da Organização Mundial de Comércio ao Acordo de Compras públicas é opcional.

Nas palavras de Jocema Bittencourt da Cruz, Mariana Rudnik e André Witchmithen (2011, p. 248) “os acordos multilaterais são vinculantes para todos os membros da Organização Mundial de Comércio enquanto os plurilaterais são de adesão voluntária”.

Conforme Renato Ribeiro Velloso (2007, p. 01), os Acordos Multilaterais são instrumentos jurídicos conexos que formam parte do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio e são vinculantes para todos os países-membros.

Os Acordos Multilaterais da Organização Mundial do Comércio - OMC são:

a) os Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens visam o estabelecimento do livre comércio de bens. Dentre eles destacam-se os acordos: Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (GATT/1994); sobre a Agricultura; sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; sobre Têxteis e Confecções; sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio; sobre as Medidas em Matéria de Investimentos Relacionadas com o Comércio; sobre a Aplicação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT (*dumping*); sobre a Aplicação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (valoração aduaneira); sobre a Inspeção Prévia à Expedição; sobre Normas de Origem; sobre Procedimentos para o Trâmite de Licenças de Importação; sobre Subsídios e Medidas Compensatórias; e sobre Salvaguardas.

b) o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços e Anexos - GATS se aplica às medidas adotadas pelos seus Estados-membros que afetem o comércio de serviços, e tem por finalidade estabelecer um quadro de princípios e regras para o comércio de serviços, com vistas à sua expansão sob condições de transparência e liberalização progressiva e como forma de promover o crescimento de todos os parceiros comerciais e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

c) o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio - ADPIRC ou *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* - TRIPS, estabelece regras sobre os direitos de propriedade intelectual e não reconhece a liberdade de cada país-membro de adotar um arcabouço legislativo que favoreça o seu desenvolvimento tecnológico, além de dispor de mecanismos para penalizar os Estados-membros que não cumprirem as regras estabelecidas nos acordos. O Acordo TRIPS é o diploma normativo internacional mais abrangente e eficaz no que diz respeito à tutela e proteção dos direitos de propriedade intelectual (RODRIGUES. 2004, p. 04).

d) o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos que Regem a Solução de Controvérsias, cujas regras e procedimentos se aplicam às controvérsias pleiteadas conforme as disposições sobre consultas e soluções de controvérsias nos

seguintes acordos: Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio; Acordos Comerciais Multilaterais e Acordos Comerciais Plurilaterais. Também se aplicam às consultas e solução de controvérsias entre Estados-membros relativas a seus direitos ou obrigações ao amparo do Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio e deste Entendimento, considerados isoladamente ou em conjunto com quaisquer dos outros acordos abrangidos; e

e) o Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais - TPRM tem por objetivo contribuir para melhor adesão por todos os Estados-membros às regras, disciplinas e compromissos assumidos nos Acordos Multilaterais de Comércio e, onde cabível, nos Acordos Plurilaterais de Comércio, e, portanto, para um melhor funcionamento do sistema multilateral de comércio, mediante a consecução de maior transparência e compreensão das políticas e práticas comerciais dos Estados-membros. Ademais, o mecanismo de exame permite uma apreciação e avaliação coletiva e regular do consumo das políticas comerciais de cada Estados-membro de seu impacto sobre o funcionamento do sistema multilateral de comércio. Não objetiva, contudo, servir de base para o cumprimento de obrigações específicas em virtude dos Acordos ou para procedimentos de solução de controvérsias ou para a imposição de novas obrigações de política sobre os Estados-membros.

Já os Acordos Plurilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comércio são:

a) os Acordos sobre o Comércio de Aeronaves Civis estabelecem um quadro internacional que disciplina o comércio das aeronaves civis, no escopo de assegurar a máxima liberdade no comércio mundial das aeronaves civis, suas partes e equipamentos relacionados, nomeadamente pela supressão dos direitos e, na medida do possível, pela redução ou supressão dos efeitos de distorção das trocas comerciais;

b) o Acordo sobre Contratação Pública se aplica a todo o tipo de leis, regulamentos, procedimentos e práticas de procura governamental por parte das entidades vinculadas pelo acordo. Destarte, se aplica a qualquer tipo de ato que tenha como objetivo a procura de bens e/ou serviços, independentemente da sua qualificação jurídico-contratual. Não se aplica a todos os contratos de compras de bens e/ou serviços, mas depende da determinação do valor dos contratos;

c) o Acordo Internacional dos Produtos Lácteos; e

d) o Acordo Internacional de Carne Bovina tem por objetivos, dentre outros, fomentar a expansão, a liberalização cada vez maior e a estabilidade do mercado internacional da carne e animais vivos, facilitando a diminuição progressiva dos obstáculos e restrições ao comércio mundial de carne bovina e animais vivos da espécie bovina, inclusive aqueles que o compartilham e melhorando o marco internacional do comércio mundial no beneficio de consumidores e produtores, importadores e exportadores; bem como estimular maior cooperação internacional em todos os aspectos que afetem seu comercio; e assegurar benefícios adicionais para o comércio internacional dos países em desenvolvimento no que se refere à carne bovina e animais da espécie bovina.

Estes acordos são de adesão voluntária e, dentre eles, o Brasil apenas aderiu ao Acordo Internacional de Carne Bovina.

Destaca-se que na atualidade existem apenas dois Acordos Comerciais Plurilaterais: o relativo às compras públicas e o relativo ao comércio de aeronaves civis. Os demais acima relacionados não vigoram mais no Brasil desde 1997.

4. ACORDO DE COMPRAS PÚBLICAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

O Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio, assinado em Marrakech no dia 15 de abril de 1994, e revisado em 2010-2011, é um acordo do tipo plurilateral e, portanto, sua adesão é opcional e não obrigatória. Significa dizer que os Estados-membros da Organização Mundial do Comércio assinam esse acordo se assim o desejarem, podendo optar por não aderir ao acordo, como é o caso do Brasil, que é membro da organização Mundial do Comércio, mas não é signatário do Acordo de Compras Governamentais.

O Acordo da Organização Mundial do Comércio - OMC sobre compras governamentais plurilaterais prevê algumas normas sobre os contratos públicos de mercadorias e serviços.

No dia 15 de dezembro de 2011, os Estados signatários entraram em acordo para revisar o referido acordo, visando tornar suas disposições mais atraentes e adequadas aos recentes desenvolvimentos em práticas de aquisição por parte dos governos, como o uso de ferramentas eletrônicas no processo de compras públicas.

O acordo revisto também inclui disposições mais explícitas do tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento para que se sintam atraídos a aderir ao acordo. O mais importante, no entanto, em relação aos pontos de destaque da revisão, está na previsão de uma cobertura bem mais estendida (WTO. 2013, p. 509-510).

Os objetivos do Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio é abrir, tanto quanto possível, mercados de contratos do governo à concorrência internacional, ajudar a erradicar a corrupção neste setor e aprimorar normas que disciplinam as transações comerciais entre os países signatários. Instituindo-se um ambiente mais concorrencial e ao mesmo tempo ético: “um conjunto de direitos e obrigações na área de contratações públicas, definindo as entidades públicas abrangidas, as modalidades de licitação, os procedimentos para a qualificação dos fornecedores, entre diversas outras provisões” (MOREIRA; MORAIS. 2003, p. 03).

Para tanto, este acordo estabelece para os países signatários, um rol de compromissos em assuntos relacionados com a transparência nos contratos e com o acesso aos mercados internos de compras públicas.

Composto de 24 artigos, o Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio é resultado de diversas negociações e tem por missão contribuir com a liberalização e expansão do comércio mundial; melhorar o quadro internacional para a realização do comércio mundial; proteger os produtos, serviços e fornecedores nacionais; impedir discriminações entre produtos serviços ou fornecedores estrangeiros; assegurar transparência das leis, regulamentos, procedimentos e práticas em matéria de compras governamentais; estabelecer procedimentos internacionais de compras governamentais visando garantir aplicação justa, rápida e eficaz das disposições internacionais sobre compras governamentais e manter o equilíbrio de direitos e obrigações ao nível mais elevado possível; e levar em consideração as necessidades financeiras e comerciais dos países em desenvolvimento (MDIC. 1994, p. 01).

O Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio pressupõe a transparência das leis, dos regulamentos, dos procedimentos ou práticas adotados pelos países signatários. Significa que toda legislação atinente às

compras públicas deve ser devidamente divulgada para que todos os interessados em participar dos negócios sejam informados e tenham a mesma oportunidade.

Os princípios básicos que devem nortear o Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio são, basicamente:

> a adoção de tratamento nacional e a não discriminação em relação aos bens e produtores dos demais países participantes do acordo” e o “cuidado com a transparência das leis, regulamentos, normas e práticas adotadas pelos países signatários” (MOREIRA; MORAIS. 2003, p. 01-02).

Pela não discriminação os países signatários do Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio devem conceder tratamento igualitário aos bens, serviços e fornecedores próprios e os dos demais países. A observância a esse princípio permite que os órgãos públicos convidem os fornecedores e os prestadores de serviços dos outros Estados-membros, sem discriminação e nas mesmas condições concedidas aos nacionais (CRUZ; RUDNIK; WITCHMITHEN. 2011, p. 245).

> Por meio do princípio da transparência, todo arcabouço jurídico pertinente às compras governamentais deve ser publicado pela divulgação nos instrumentos indicados no texto do acordo ou em seus anexos. Essa medida visa garantir a igualdade de oportunidades a todos àqueles que manifestarem interesse em participar das licitações (CRUZ; RUDNIK; WITCHMITHEN. 2011, p. 245).

Em geral o Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio incide sobre todos os bens. Já no caso de serviços, os países signatários devem indicar listas positivas ou negativas, em anexos próprios.

Tendo como critério o grau de abertura à participação dos fornecedores, as modalidades de licitações previstas no Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio são três: a) procedimentos abertos, quando todos os interessados podem apresentar propostas; b) procedimentos de licitação seletiva, em que apenas os fornecedores convidados a participar podem apresentar propostas; e c) procedimentos de licitação restrita, é realizada sob certas condições, devidamente especificadas.

Com o desígnio de avaliar as políticas e práticas adotadas pelos países nas contratações governamentais, notadamente no quesito informação e transparência, que a Organização Mundial de Comércio começou a desenvolver, ainda em dezembro de 1996, estudos e pesquisas voltados ao aperfeiçoamento das normas

em vigor, mediante a constituição de um “Grupo de Trabalho sobre Transparência em Compras Governamentais” (MOREIRA; MORAIS. 2003, p. 02).

Como decorrência, em 15 de dezembro de 2011 foi elaborada a revisão do Acordo sobre Contratação Pública da Organização Mundial do Comércio, cujo Protocolo foi adotado pelos interessados em março de 2012 e entrará em vigor em 06 de abril de 2014 (OMC. 2014, p. 01).

> A esperança é a de que as propostas do Grupo de Trabalho sobre Transparência em Compras Governamentais adotadas no documento de revisão do Acordo sobre Contratação Pública da Organização Mundial do Comércio possibilitem, na prática, a adoção de medidas que propiciem maior nível de transparência nos procedimentos relacionados com as compras governamentais no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Basicamente o Acordo de Contratação Pública revisto, simplifica e moderniza o texto original do Acordo sobre Contratação Pública da Organização Mundial do Comércio de 1994, levando em conta o uso disseminado das ferramentas de contratação eletrônica.

A revisão também incorpora melhorias nas medidas transitórias que se destinam a facilitar a adesão ao acordo de economias menos desenvolvidas ou em desenvolvimento.

> Ademais, cria novas possibilidades comerciais de até US$ 100 bilhões para as empresas dos quinze participantes do acordo, incluindo Estados Unidos da América, União Europeia e Japão, que representam mais de sessenta por cento da economia global.

Também traz regras para licitações e abertura de concorrência internacional em diversas áreas como infraestrutura de transporte (aeroportos, estradas, portos), telecomunicações, serviços de computação, incluindo consultoria gerencial (MOREIRA. 2011, p. 01).

Conforme José Blanes Sala (2011, p. 01), com a revisão do Acordo sobre Contratação Pública da Organização Mundial do Comércio, será liberalizado 150 bilhões de dólares em contratos públicos, sendo que os ganhos de acesso a mercado deverão partir das entidades adicionadas recentemente ao texto do Acordo sobre Contratação Pública, a exemplo das agências estatais internas e dos ministérios, como, também, da incorporação de novos serviços e bens.

Destaca-se que é nesse tipo de compras públicas que mais se verifica a prática de corrupção envolvendo o uso indevido de dinheiro público. Nesse particular, a revisão do Acordo de Compras Públicas, na visão da Organização

Mundial do Comércio traz significativos benefícios potenciais, a exemplo do ganho comercial com base na facilitação do acesso, garantida juridicamente às licitações realizadas pelos governos dos países-membros participantes.

A revisão do Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio traz novas e mais simples regras de transparência, que deverão ajudar no combate problemas relacionados ao protecionismo e à corrupção. Também mantém o mercado aberto, melhora a confiança no sistema de compras públicas e, ainda, "eleva a concorrência pelos contratos, melhora o valor do dinheiro aplicado e facilita o uso mais efetivo e eficiente dos recursos públicos". Com esse processo de otimização, o dinheiro público pode fazer mais com menos gastos (MOREIRA. 2011, p. 01).

O conteúdo da revisão demonstra que a Organização Mundial do Comércio reconhece a importância das compras governamentais para o comércio global. Na visão de Roberto Azevedo, diretor-geral da OMC, a revisão do Acordo sobre Contratação Pública é uma conquista salutar da Organização Mundial do Comércio, pois "irá abrir os mercados e promover a boa governança na economia dos Estados-membros participante".

Entende que a rapidez pela qual o Protocolo foi adotado demonstra a importância que as partes atribuem ao Acordo de Compras Públicas. Antevê que o texto modernizado da revisão e o compromisso expandido de acesso ao mercado deve instar outros membros da Organização Mundial do Comércio a considerar as potenciais vantagens de adotar o Acordo de Compras Públicas.

Além de 43 membros da Organização Mundial do Comércio que já participam do Acordo de Compras Públicas, dez outros membros, incluindo China, Moldávia, Montenegro, Nova Zelândia e da Ucrânia, estão no processo de negociação de adesão ao Acordo de Compras Públicas (OMC. 2014, p. 01).

A China, por exemplo, vem estudando a adesão para que empresas e fornecedores estrangeiros recebam garantia jurídica para participar de licitações públicas. Promete aderir, abrindo parcialmente à concorrência estrangeira seu mercado de compras públicas, estimado em US$ 1,1 trilhão (MOREIRA. 2011, p. 01).

Mesmo com as novidades da revisão, o Brasil não considera interessante aderir ao Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do

Comércio, alegando que “prefere privilegiar empresas do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, nas aquisições de bens e serviços pelo governo brasileiro”. A posição do governo brasileiro foi manifestada no dia 15 de dezembro de 2011, quando da apresentação e aprovação dos termos da revisão do Acordo de Compras Governamentais de 1994, pelo então Ministro das Relações Exteriores, Antônio Patriota (de 01 de janeiro de 2011 a 26 de agosto de 2013), pouco depois de os quinze participantes do Acordo terem anunciado anuência dos termos da revisão, “com benefícios que deixam de fora quem não é membro, como é o caso do Brasil” (MOREIRA. 2011, p. 01).

De acordo com José Blanes Sala (2011, p. 01), contudo, os motivos de resistência do Brasil em adotar o Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio são outros.

Ao manifestar o desinteresse por parte do Brasil, o chanceler Antonio Patriota (*apud* SALA. 2011, p. 01) alegou que o Brasil está mais preocupado e comprometido com o combate à corrupção e que o governo brasileiro está mais inclinado em abrir o mercado de compras públicas primeiro para os países latino-americanos, especialmente aos países-membros do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.

No entanto, para José Blanes Sala (2011, p. 01) já existe um projeto internacional liderado pelos presidentes Barak Obama e Dilma Roussef especificamente destinado a enfrentar os problemas relacionados à corrupção no setor público, sendo que “com certeza, não é este o motivo do desinteresse”.

Em seu pensar, também o argumento da preocupação do governo brasileiro em abrir o mercado de compras governamentais aos países-membros do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL não procede, já que “o Brasil sabe muito bem que nenhum destes países tem competitividade neste setor”.

Destarte, o governo brasileiro estaria preocupado, de fato, apenas em assegurar este importante setor do mercado às suas próprias empresas nacionais, especialmente nesse momento histórico em que o Brasil será palco de grandes eventos, como a Copa do Mundo (evento futebolístico que acontecerá entre 12 de junho a 13 de julho de 2014) e os Jogos Olímpicos (segundo semestre de 2016). Prova disso seria a inclusão do parágrafo 5º ao artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos) pela Lei nº 12.349 de 15 de dezembro

de 2010[38] onde fica estabelecido que “nos processos de licitação previstos no *caput*[39], poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras”.

Do texto normativo infere-se a interpretação de que, em se tratando de compras públicas, o Brasil prefere produtos manifaturados e serviços nacionais, o que significa que o governo não tem interesse em assinar nenhum acordo internacional que contrarie essa atitude protecionista da ordem jurídica interna.

O governo brasileiro ainda não está se sentindo preparado para enfrentar a concorrência internacional no setor de compras públicas e enquanto permanecer vigente a regra do parágrafo 5º, do artigo 3º, da Lei de Licitações e Contratos, terá que optar por não assinar nenhum acordo de liberação internacional de comrpas públicas, já que uma obrigação internacional nesse sentido esbarraria no sistema jurídico interno, podendo ser facilmente contestada por qualquer outro país signatário, perante a Organziação Mundial do Comércio (SALA. 2011, p. 01).

Na opinião de José Blanes Sala (2011, p. 01), o Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio pelo Brasil “traria ganhos comerciais, pois o Brasil poderia participar em condições de igualdade e segurança jurídica das licitações promovidas pelos governos dos países-membros, num ambiente de confiança neste sistema de compras”.

Prossegue o autor supracitado discorrendo que: “nas licitações internas poderia incrementar a eficiência e a economia do dinheiro público ao admitir a participação externa em condições de igualdade”, e conclui “num contexto de globalização, os interesses nacionais se encontram diluídos o suficiente para desconfiar que sejam outros tipos de interesses os que norteiam estas decisões”.

---

[38] BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004; e revoga o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 11.273, de 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art1>. Acesso em: 18 mar. 2014.

[39] “Artigo 3º: a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - Lei de Licitações e Contratos).

Além disso, o Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio faz referências a um tratamento diferenciado para países em desenvolvimento que aderirem ao referido acordo, no escopo de que sejam “resguardados o equilíbrio do balanço de pagamentos e a manutenção de reservas adequadas para a implementação de programas de desenvolvimento econômico”.

Desse modo, os países em desenvolvimento podem exceções às normas de tratamento nacional para conceder, por exemplo, “preferências às aquisições de bens e serviços de origem doméstica” e apoio à implantação de indústrias nascentes (MOREIRA; MORAIS. 2003, p. 04-05).

Apesar da resistência do governo brasileiro, com o respaldo do poder Legislativo, a pressão para que o Brasil adote Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio vem aumentando a cada ano.

Mesmo sendo um acordo do tipo plurilateral, em que a adesão é opcional, existe interesse dos países desenvolvidos em inserir as compras públicas nas rodadas de negociação multilaterais de comércio promovidas pela Organização Mundial do Comércio. Também nos mercados dos países em desenvolvimento o assunto tem se mostrado atrativo principalmente pelo fato de que as compras governamentais são responsáveis pelo movimento de grandes quantias em dinheiro.

No Brasil, apesar da não adesão ao Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio, a legislação interna disciplina os casos e os correspondentes procedimentos para licitações e contratos públicos, incluindo as compras governamentais de produtos, bens ou serviços nacionais e internacionais.

Neste sentido, deve-se notar que as normas “estabelecidas pelo ordenamento pátrio no tocante às licitações internacionais muito se assemelham às previstas no acordo da Organização Mundial do Comércio, com algumas peculiaridades” (CRUZ; RUDNIK; WITCHMITHEN. 2011, p. 245).

CONCLUSÃO

Por compras governamentais ou compras públicas se entende quaisquer contratos da Administração Pública de determinado Estado atinentes à compra de bens, serviços, ou ambos, negociados entre o governo e empresas nacionais ou internacionais.

A compra de bens ou serviços pelos organismos do estado para seus próprios fins é elemento essencial do funcionamento da Administração Pública e assegura os recursos que permitem aos governantes executar seu trabalho e reflete diretamente na sociedade local, regional e internacional, figurando como importante aspecto também no comércio externo, ainda mais no mundo globalizado, cada vez mais conectado, de modo que as mudanças em qualquer parte do planeta afetam a todos de forma cada vez maior e mais rapidamente.

Na maioria dos países, seus órgãos e entidades que dele dependem são em conjunto os maiores compradores de mercadorias de todo tipo, desde produtos básicos até equipamentos de alta tecnologia. Ao mesmo tempo, as pressões políticas encaminhadas a dar preferência aos fornecedores nacionais sobre seus competidores estrangeiros podem ser muito fortes.

É por isso que grande parte dos países-membros da Organização Mundial do Comércio optaram por subscrever o Acordo de Compras Governamentais, existente desde 1994, em vigor a partir de 1996, que foi revisado em 2011 e que o novo texto começará viger em abril de 2014. No entanto o Brasil não é signatário do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e os motivos justificantes desse desinteresse parece ser justamente a pressão para manter essa importante parcela de negociação comercial estatal nos limites territoriais brasileiros.

A finalidade do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio é abrir a maior parte possível das operações envolvendo compras públicas à competência internacional. Para tanto, está munido de normas que asseguram a transparência das leis, bem como de regulamentos, de procedimentos e de práticas relacionados com as compras governamentais e a garantir que não protejam os produtos ou fornecedores nacionais e nem discriminem produtos ou fornecedores estrangeiros.

As normas do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio são organizadas em duas partes: a que traz normas e obligações gerais e a que apresenta a lista das entidades nacionais de cada país signatário cuja contratação está sujeita ao Acordo. Grande parte das normas e obrigações gerais se refere aos procedimentos de licitação, pois se trata do tipo de concorrência mais usual.

A versão revisada do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e que vai entrar em vigor em abril de 2014 moderniza o texto do Acordo original e inclui uma ampliação significativa dos compromissos conexos em matéria de acesso aos mercados.

De fato, a contratação pública representa, atualmente, um elemento da atividade econômica global de extremada importância, pois pode representar até vinte por cento do Produto Interno Bruto mundial.

A contratação pública, ademais, é um meio eficiente de aquisição de infraestruturas e serviços públicos como a saúde e a educação, que produzem efeito direto não apenas na situação das finanças públicas, mas também, e principalmente, no bem-estar de toda a população. Sua relevância vem aumentando, nas últimas décadas, também como elemento do comércio internacional, devido, em parte, à repercussão do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e dos demais acordos bilaterais e regionais conexos.

Com as reformas de 2011 no Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio, a pretensão dos signatários, dentre outras, foi prever medidas de flexibilidade que facilitem aos países em desenvolvimento o acesso a um regime de contratação pública mais competitivo principalmente no comércio internacional.

No Brasil, a norma jurídica que disciplina as compras públicas é a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), que prevê e institui todos os procedimentos que devem ser adotados e seguidos na relação contratual entre a Administração Pública e particulares, nacionais ou estrangeiros e ainda versa sobre os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação (parágrafo 9º, do artigo 7º, da Lei de Licitações e Contratos). O tratamento dado às compras públicas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 é bastante similar às disposições do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio.

Desse modo o Brasil, embora tenha optado por não assinar o Acordo Plurilateral de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio possui uma ordem jurídica específica bastante semelhante ao referido acordo.

BIBLIOGRAFIA

AUDET, Denis. ***The Size of Government Procurement***. *In: OECD Journal on Budgeting, Paris*, vol. 01, nº 04, 2002. Disponível em: <http://oecdpublications.gfi-nb.com/cgibin/ OECDBookShop.storefront/EN/product/222002011E1>. Acessado em: 26 mai. 2014.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004; e revoga o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 11.273, de 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art1>. Acesso em: 18 mar. 2014.

CRUZ, Jocema Bittencourt da; RUDNIK, Mariana; WITCHMITHEN, André. **Compras governamentais no âmbito da Organização Mundial do Comércio e na legislação brasileira**. *In: Revista de Ciências Jurídicas, vol,* 3(2): p. 243-255, Ponta Grossa: Lumiar, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MDIC, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Acordos da Organização Mundial do Comércio - OMC**: Acordo de Compras Governamentais - GPA. Feito em Marrakech no dia 15 de abril de 1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367>. Acesso em: 14 mar. 2014.

MONASSA, Clarissa Chagas Sanches; LEONELLI, Aubrey de Oliveira. **É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da Organização Mundial do Comércio - OMC?** *In: Revista de Direito Internacional.* Número especial: direito internacional econômico, Vol. 10, nº 01. p. 72-84. Brasília, UniCEUB, 2013.

MOREIRA, Assis. **Organização Mundial do Comércio - OMC revisa acordo de compra governamental**: Brasil prefere não aderir. *In: Valor Econômico*, 16 de

dezembro de 2011. Disponível em: <https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/12/16/omc-revisa-acordo-de-compra-governamental-brasil-prefere-nao-aderir/>. Acesso em: 14 mar. 2014.

MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. **Compras governamentais**: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. CEPAL - séries estudos e perspectivas - Escritório da CEPAL - Nações Unidas, em Brasília, nº 01. Brasília: CEPAL, julho de 2003.

MOTTA, Fabrício M. **A harmonização das normas sobre licitação nos Estados Partes do Mercosul**. *In: Revista Diálogo Jurídico*, do Centro de Atualização Jurídica - CAJ, nº 14. Salvador-BA, jun./ago., 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2009.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. ***Survey on Government Procurement in 130 countries***. Publicado em 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org>. Acesso em 26 mai. 2014.

OMC, Organização Mundial do Comércio. **Agreement on Government Procurement - GPA 1º 113 (GPA/113), de 02 de abril de 2012**. Adoção dos resultados das negociações celebradas em conformidade com o parágrafo 7º, do artigo 24, do Acordo sobre Contratação Pública, após sua verificação e exame, conforme o disposto no parágrafo 5º, da decisão ministerial de 15 de dezembro de 2011 (GPA/112). Reunião formal das partes no acordo da Organização Mundial do Comércio - OMC, sobre contratação pública celebrada em Genebra, ao nível de Chefes de Delegação (30 de março de 2012). OMC: Comitê de Contratação Pública, 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm>. Acesso em: 13 mar. 2014.

______. **O Acordo sobre Contratação Pública da Organização Mundial do Comércio - OMC revisado entrará em vigor em 06 de abril de 2014**. *In: OMC, notícias 2014. 11 de março de 2014*. Contratação Pública. Documento publicado pela OMC apenas em Inglês. Disponível em: http://www.wto.org/spanish/news_s/news14_s/gpro_11mar14_s.htm>. Acesso em: 14 mar. 2014.

______. **Sítio eletrônico oficial**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.wto.org/>. Acesso em: 13 mar. 2014.

OMC, Organización Mundial del Comercio. **Entender la OMC**. 3. ed. Publicado anteriormente con el título “con el comercio hacia el futuro”, em septiembre de 2003, revisado en febrero de 2007. Ginebra, Suiza: OMC, 2007.

PARLAMENTO Europeu. **Resoluções**. Perspectivas do programa de Doha para o desenvolvimento na sequência da Sétima Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio - OMC. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de Dezembro de 2009, sobre as perspectivas da Agenda de Doha para o Desenvolvimento - ADD na sequência da Sétima Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio - OMC. *In: Jornal Oficial da União Europeia*, de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:286E:0001:0005:PT:PDF>. Acesso em: 13 mar. 2014.

RODRIGUES, Maria Alice Castro. **Marca de alto renome**. *In: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual,* nº 72, p. 03-22. Rio de Janeiro: ABPI, set./out., 2004.

SALA, José Blanes. **Por que o Brasil não quer assinar o acordo de compras governamentais proposto pela Organização Mundial do Comércio - OMC?** Publicação de dezembro de 2011. Disponível em: <http://ampadvogados.com.br/artigo20.asp>. Acesso em: 14 abr. 2014.

TCU, Tribunal de Contas da União. **Licitações & contratos**: orientações Básicas. 3. ed., rev. atual. e ampl. Sintetiza a orientação básica sobre a matéria, apresenta seus aspectos essenciais e a experiência prática do Tribunal de Constas da União - TCU em seus próprios procedimentos licitatórios. 409 p. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

VELLOSO, Renato Ribeiro. **Os traços comuns e distintivos entre os Acordos sobre o Comércio de Bens, de Serviços e de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio**. *In: Boletim Jurídico*, Inserido em 04 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1732>. Acesso em: 14 mar. 2014.

WTO, World Trade Organization. **The law and policy of the World Trade Organization**: text, cases and materials. 3. ed. Cambridge: University Press, 2013.

PERSPECTIVAS ATUAIS SOBRE SOBERANIA E O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Renata de Assis Calsing[40]
Marcus Firmino Santiago[41]
Júlio Edstron S. Santos[42]

INTRODUÇÃO

Este artigo visa demonstrar, mediante revisão bibliográfica, a evolução da soberania estatal dos seus primórdios à atualidade. Assim, busca-se reconstruir as razões pelas quais o Estado a utilizou para se sobrepor aos demais elementos internos e se igualar na ordem internacional aos seus pares.

Para tanto, foram realizadas incursões históricas que identificaram a origem estatal no Ocidente, sua consagração jurídica com a "Paz de Westfalia" e o seu desenvolvimento, marcado pela crise após a Segunda Guerra Mundial e o seu percurso até a atualidade.

Foram analisadas as principais características da soberania estatal apontadas pela literatura especializada, buscando-se evidenciar qual é o conteúdo jurídico que delimita a sua utilização clássica.

Posteriormente, foram historiadas todas as constituições brasileiras já editadas em solo nacional, demonstrando-se evolutivamente que em cada uma delas a soberania estatal foi utilizada como fundamento para a aplicação do princípio da supremacia estatal.

Demonstrou-se que há uma clara dicotomia quanto aos fundamentos utilizados em cada uma das constituições brasileiras para se aplicar a soberania

---

[40] Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora Titular do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Analista de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.
[41] Doutor em Direito do Estado – UGF/RJ. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professor Titular do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF Advogado.
[42] Mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB/DF. Professor dos cursos de graduação e especialização da UCB/DF

estatal, desde uma monarquia absolutista, com a Constituição Imperial de 1824, até a aceitação da soberania popular evidenciada na “Constituição Cidadã” de 1988.

Descreveu-se que na atualidade, tanto o conceito, quanto o conteúdo jurídico da soberania estatal encontram-se em crise, primeiro porque ela passa a ser um alvo dos questionamentos da correntes de pensamentos denominadas pós-modernidade e pós-positivismo jurídico. Bem como o seu conteúdo é hoje insuficiente para resolver problemas atuais causados pela globalização.

1. INCURSÕES HISTÓRICAS SOBRE A SOBERANIA ESTATAL: DO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESTADO NACIONAL

“O Direito é um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que estabelece, nas relações entre os homens, uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui.” (RÁO, 2006, p.55). Ele existe desde que a humanidade se constituiu coletivamente e sentiu a necessidade de um mínimo de organização, ou ainda, conforme o brocardo jurídico, *ubi societas ibi jus*, como preconiza Reale (2013).

Reconhece-se, então, que o Direito é uma criação social que acompanha a humanidade, regulamentando-a e proporcionando meios heterogêneos de soluções de controvérsias. Como ressaltou Britto (2007, p. 38), “salta aos olhos que o Direito é o sistema de normas que melhor concilia imperatividade com exigibilidade.”.

Ao longo de sua história, o Direito alternou momentos em que foi reconhecido como instrumento de dominação e como instrumento de libertação social e de emancipação individual, como afirmou Boaventura de Souza Santos (2006).

Hodiernamente, o Direito vem se adaptando aos novos paradigmas, baseando-se no reconhecimento da necessidade de se efetivarem os direitos humanos fundamentais, como demonstrou Joaquim Carlos Salgado:

A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como a tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente a todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como o *maximum* ético, e a justiça como o desdobramento da liberdade na forma de

direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, estendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados na Carta das Nações Unidas. (SALGADO, 2007, p. 21).

Pela história, verifica-se, em primeiro lugar, uma identificação do Direito com a natureza, percebendo-se que existe uma ordem para cada ser no cosmos, e que essa forma de organização deve se refletir na sociedade humana. Portanto, “o direito natural é o que emana da natureza, independente da vontade do homem”. (MALUF, 2010, p. 7).

Na obra de Tomás de Aquino, ainda se encontra a identificação de que o “aspecto primordial da natureza humana é a razão, que dá ao homem a capacidade de distinguir entre bem e o mal e o livre arbítrio.” (GUSTIN, 1995, p. 6).

Dessa maneira, segundo a teoria tomista, expressa na obra *Summa Theologica* (2010), há uma hierarquia entre as espécies de leis naturais que podem ser divididas em: *lex aetern*a, *lex* divina, *lex naturalis* e *lex* humana.

É importante destacar que a *lex humana* “é a lei jurídica convencionada pelos homens, o Direito Positivo. É a ordem promulgada pela comunidade tendo em vista o bem comum”. (GUSTIN, 1995, p. 7).

Salienta-se que há uma dualidade nas escolas que se identificam com o Direito Natural, as quais se baseiam nas ordens naturais ou divinas. Mas todas elas “[...] compartilham a mesma estrutura, objetivos e características, uma vez que se baseiam na crença e busca de uma fundamentação última, absoluta, imutável e eterna do direito natural [...].” (FREITAS, 2014, p. 31).

Uma síntese das ideias sobre o Direito Natural pode ser encontrada na seguinte afirmação: “Ele reflete a natureza como foi criada. É anterior e superior ao Estado, portanto, conceituado como de origem divina”. (MALUF, 2010, p. 7).

Contudo, com a evolução do Direito, nota-se que houve uma alternância entre as escolas de Direito Natural e de Direito Positivo. Porém, por várias questões sociais e históricas, privilegiou-se a segurança jurídica. Assim, hoje, há uma clara predominância de sua forma legislada, como base hermenêutica e interpretativa de todo sistema normativo.

O direito positivo é a segunda etapa no ensaio de realização da justiça. Na primeira, a ideia da justiça é traduzida por alguns princípios deontológicos, que são

tomados como fundamento do sistema normativo do direito; na segunda etapa, esses princípios vão servir de base a julgamentos de valor sobre a conduta humana, originando-se daí as várias normas do direito. (NOBREGA, 1954, p. 96).

O positivismo é uma corrente filosófica baseada na obra de Augusto Comte, a qual buscava superar os paradigmas metafísicos e criar condições científicas para o desenvolvimento tanto da filosofia como das ciências. Essa corrente se ramificou para o Direito, visando à efetivação das condições para que fosse criada uma ciência com objeto e métodos próprios, denominada Ciência do Direito.

Nesse sentido, "O positivismo jurídico proclama suposta identidade entre Direito e Estado" (GODOY, 2014, p. 2), já que os enunciados jurídicos são criações exclusivas da ação estatal.

O Direito é uma ciência porque tem um objeto específico: a norma. "Uma teoria pura do Direito – uma ciência – não pode responder questões metafísicas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente". (KELSEN, 2000, p.9)

No que tange ao Estado, há uma clara divergência, ao longo da história, quanto ao que ele seria. Tal divergência é perfeitamente normal, tendo em vista que houve uma série de modificações na estrutura da sociedade e, consequentemente, na percepção do que é o Estado. Atualmente, deve-se entender que

O Estado é uma sociedade política com indefinida continuamente no tempo e institucionalização do poder significa dissociação entre chefia, a autoridade política, o poder, e a pessoa que em cada momento tem o seu exercício; fundamentação do poder, não nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal. (MIRANDA, 2003, p.47)

"Sobre o momento do surgimento do Estado Moderno, a maioria dos historiadores atuais considera que isso ocorreu em meados do século XVI" (FLORENZANO, 2007, p. 11), salientando que isso só foi possível devido ao processo de unificação territorial, política e jurídica dos Estados europeus.

Não se nega que o embrião do Estado esteja nas culturas antigas, sobretudo nas cidades-estados gregas, no Império romano e durante o feudalismo. Porém, o Estado Moderno é fruto da unificação jurídica e social ocorrida nos países europeus a partir do Século XIV.

Primordialmente, constata-se que o Estado contemporâneo corresponde, em sua essência, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westfalia (1648), logicamente adequando-se aos novos paradigmas de Estado de direito construído desde as revoluções burguesas. [...] o Estado Moderno apresenta-se, pois como um produto da cultura ocidental, erigido sobre um funcionalismo especializado e um direito racional. (SOARES, 2008, p.74).

Historicamente, o desenvolvimento do Estado Moderno ou Nacional vem sendo dividido doutrinariamente em quatro fases: a primeira é o absolutismo monárquico, no qual há uma concentração dos poderes estatais e da soberania na pessoa do monarca. Nesse sentido, é necessário trazer à lume a seguinte lição de Cachapuz (1995, p.2) sobre a soberania no absolutismo, pela contribuição histórica que se pode inferir dela: “A soberania foi vislumbrada no começo como uma qualidade do poder real e não como esse poder em si mesmo. Mas não tardou a ser confundida com a própria pessoa do Rei”.

A segunda fase é indicada como o início da formação do Estado de Direito; é o chamado Estado Liberal de Direito, marcado pelo absenteísmo estatal, pela igualdade formal e pela supremacia do Poder Legislativo. Esse Estado pode ser considerado fruto das grandes revoluções burguesas, principalmente a estadunidense e a francesa.

A terceira fase é denominada pela doutrina de Estado Social de Direito, podendo ser descrita como uma resposta direta ao alargamento das diferenças sociais geradas pelo Estado Liberal e, principalmente, pela necessidade de intervenção estatal para a reconstrução da economia e da sociedade após a Segunda Guerra Mundial. O Estado Social tem como características principais o intervencionismo estatal, a busca por uma igualdade material e a superioridade do Poder Executivo.

Talvez seja certo que não haja um desenho final para o Estado que de liberal, garantiu vários direitos individuais, além de criar mecanismos de controle, evitando a instauração dos Estados autoritários, para um Estado providência, que se obrigava a uma série de funções principalmente na esfera social [...], além de atuar diretamente na ordem econômica, visando realizar a justiça social e o bem comum. (PAES, 2013, p. 85).

A quarta fase de desenvolvimento do Estado é denominada Estado Democrático de Direito e é um modelo em construção, já que busca uma síntese dos demais paradigmas e, ao mesmo tempo, soluções para os complexos desafios atuais. Conforme Horta (2011, p. 45), “No Estado de Direito, a íntima conexão entre Estado e Direito são evidências incontestes. [...] trata-se de uma relação fundada em padrão ético lentamente construído, em especial nos recentes séculos.”.

Percebe-se então que, na formação do Estado Nacional ou Moderno, há uma clara influência do positivismo jurídico, que impõe a supremacia do direito estatal internamente, bem como o reconhecimento de uma igualdade jurídica entre os países no plano internacional.

Nos ensinamentos de Zygmunt Bauman, em sua perspectiva da Pós-Modernidade - linha de pensamento na qual não se demarcam limites entre um e outro, a não ser para assinalar descontinuidades históricas que põem em funcionamento diferentes meios de se governar a si mesmo e aos outros -, encontrou-se a seguinte lição apresentada sobre o que é o Estado Nacional: O significado de Estado foi precisamente o de um agente que reivindicava “o direito legítimo de se gabava dos recursos suficientes para estabelecer e impor regras e normas que ditavam o rumo dos negócios num certo território”. (BAUMAN, 1999, p. 68).

Para a utilização legítima do Direito em sua gênese, o Estado se apoiou na soberania estatal como um poder incontrastável sobre o particular, gerando condições para que regiões culturalmente diferentes tivessem uma unidade jurídica.

Como exemplo de utilização do poder soberano, temos, no Brasil, a posição atual adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do *Habeas Corpus* número 72.391-8/DF, relator Min. Celso de Mello, no qual sentenciou, demonstrando a utilização do Direito para a uniformização das relações pelo Estado:

A imprescindibilidade do uso do idioma nacional nos atos processuais, além de corresponder a uma exigência que decorre de razões vinculadas à própria soberania nacional, constitui projeção concretizadora da norma inscrita no art. 13, *caput*, da Carta Federal, que proclama ser a língua portuguesa “o idioma oficial da República Federativa do Brasil”. (BRASIL, 1995, p. 4).

Portanto, o Estado utilizou a soberania como forma de implementar na sociedade uma “suposição de exclusividade do poder público no território nacional” (KRIELE 2009. p.122), sobrepondo-se, assim, aos particulares e aos demais costumes que existissem na sua base territorial.

Nesse sentido, desde a formação do Estado Nacional no século XVI, há o reconhecimento da supremacia do direito estatal como fonte de unidade nacional e como um instrumento de integração e de pacificação da sociedade.

A importância da soberania estatal na formação do Estado Moderno ainda pode ser assim explicada:

> [...] foi a soberania, sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe faltasse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção. (BONAVIDES, 2004, p. 33).

Pode-se dizer que o Estado Moderno só conseguiu se desenvolver e se afirmar devido à implementação da soberania estatal, pois dela surgiram condições políticas e jurídicas para que ele se impusesse nos planos interno e internacional, estando esses umbilicalmente ligados. Ou ainda, como explicou Del Vecchio (1956, p. 117), *La soberania está, pues, implícita en la propria naturaliza del Estado*.

Compreende-se que o desenvolvimento do Direito conduziu ao fortalecimento do Direito Positivo como a doutrina dominante no Ocidente, onde, paulatinamente, houve o reconhecimento do Estado Nacional como a principal forma de organização social e jurídica da humanidade.

Isso porque “o positivismo jurídico defende concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontado como o detentor exclusivo da monopolização da produção normativa”. (GODOY, 2014, p. 3).

Trata-se, outra vez, da utilização histórica da soberania pelo Estado Nacional, como meio para se impor em suas relações jurídicas nacionais e internacionais.

A soberania é um instituto jurídico e político, reconhecido desde o século XVI, a partir da sistematização feita por Jean Bodin em sua obra, na qual se referiu à afirmação histórica do Estado Nacional, proporcionando condições para que houvesse uma uniformização jurídica e social dentro dos países.

A soberania estatal é um dos alicerces do sistema jurídico internacional, tendo em vista que, do seu reconhecimento, deduzimos a aplicação do princípio da igualdade soberana entre os Estados. Na lição de Paulo Bonavides, “[...] o Estado Moderno já manifestava traços inconfundíveis de sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e unificador – o de soberania, que ainda hoje é o seu traço mais característico”. (BONAVIDES, 2004, p. 33).

Saliente-se, então, que a noção de Estado Moderno ou Nacional nasceu no século XVI, com a afirmação do poder real como fonte política e jurídica, superando o regime feudal e influenciando toda a Idade Média. Nesse diapasão é a lição de Darcy Azambuja, para quem:

> O Estado aparece, assim, aos indivíduos e sociedades como um poder de mando, como governo e dominação. O aspecto coativo e a generalidade é o que distingue as normas por ele editadas; suas decisões obrigam a todos os que ele habitam o seu território. (AZAMBUJA, 1959, p. 7).

Com o advento da Paz de Westfalia que, simultaneamente, pôs fim a Guerra dos Trinta Anos na Europa - a última das guerras religiosas que afligiram a Europa - e reconheceu a soberania estatal entre os países, tivemos o ápice do Estado Nacional e, consequentemente, da soberania.

O Tratado de Westfalia, de 1648, foi assinado quando o Sacro Império Romano-Germânico, governado pelos Habsburgos austríacos, foi derrotado, após a Guerra dos Trinta Anos. Esse Tratado restabeleceu a paz na Europa e inaugurou nova fase na história política daquele continente, propiciando o triunfo da igualdade jurídica dos Estados, com o que ficaram estabelecidas sólidas bases de uma regulamentação internacional positiva. (PERININI, 2013, p. 4).

Lewandowski comentou a importância desse marco na história jurídica:

> Em 1648, o famoso Tratado de Paz de Westphalia põe fim à Guerra dos Trinta Anos, às lutas religiosas na Europa, e redesenha o mapa político da região, com o que passam a serem assinaladas, com precisão as fronteiras dos Estados soberanos. (LEWANDOWSKI, 2014, p. 235).

Desse modo, a doutrina atual constata a importância da Paz de Westfalia como um marco jurídico e histórico:

> Os Tratados de Paz de Westfália documentaram a existência de um novo tipo de Estado – o Estado Moderno – cuja nota característica essencial é a soberania. No final da Idade Média, os príncipes soberanos ou monarcas já eram detentores de um poder centralizado, não sujeito a qualquer tipo de restrição. (COLOMBO, 2013, p. 2).

Um dos maiores méritos dos Tratados de Westfalia foi estabelecer as bases para um sistema internacional descentralizado, baseado na igualdade jurídica entre as nações, propiciando, assim, condições para que o Estado absolutista e, em consequência, a soberania estatal atingissem o seu ápice. Ocorre que,

Com os tratados de Westfalia, consolidou-se de fato – compatível com visão de Hobbes – que a soberania recentemente adquirida pelos Estados na sociedade europeia vinha acompanhada de um poder ilimitado, uma autocracia rígida no regime interior dos Estados. (MATIAS, 2005, p. 39).

Mas as mudanças de paradigmas políticos, sociais e jurídicos, iniciadas pela Segunda Guerra Mundial, e da doutrina jurídica – devido à popularização da internet, aos processos de globalização, à integração dos mercados financeiros e à facilitação dos meios de transporte -, paulatinamente levaram à necessidade de revisão do conceito e do conteúdo jurídico da soberania estatal.

A soberania é um instituto que pode ser visto por prismas sociais, políticos, filosóficos e jurídicos. Isso porque, com a formação do Estado Nacional, foi necessária a afirmação dela como fundamento para o próprio estabelecimento estatal, seja em suas relações jurídicas internas, seja nas internacionais. “Surge, assim, o Estado soberano, cuja primeira aparição se deu sob a roupagem do absolutismo monárquico”. (LEWANDOWSKI, 2014, p. 235).

Assim, nesta seção, foram descritas, brevemente, as evoluções do Direito e do Estado Nacional que levaram ao reconhecimento da soberania estatal e de suas alterações, ocorridas ao longo da história.

1.1. Evolução da soberania no Ocidente

Com o reconhecimento do Estado Nacional como o único detentor legítimo da produção legislativa, baseada na sua supremacia, nas relações internas e na igualdade jurídica entre os países, há um claro reconhecimento, também, da importância da soberania estatal como instrumento de manutenção das relações jurídicas, políticas e sociais.

Na Antiguidade, não havia o conceito de Estado. As duas condições mais próximas que podem ser nominadas nesse sentido ocorreram na Grécia antiga, com as cidades-estados e, posteriormente, em Roma e seu Império.

Frisa-se novamente que, na Antiguidade, o conteúdo da soberania não se desenvolveu por dois motivos: primeiro, porque a fonte de poder político e jurídico manteve-se com raízes metafísicas, calcadas nas tradições religiosas; segundo, porque, na Antiguidade, não havia unidade estatal, mantendo-se cada localidade como uma autarquia. Sobre esse assunto, encontra-se na doutrina de Dallari (2009, p. 75): “[...] desde a época mais remota até o fim do Império romano, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à soberania.”

O autor Malcolm Shaw (2010), em um ponto de vista singular e minoritário, afirmou que as atuais normas de Direito Internacional, principalmente sobre a soberania estatal, têm suas origens no Direito Romano de propriedade. Mas hoje, elas enfrentam severas dificuldades, porque o Direito de uma época não pode ser transposto para um ambiente cultural diferente.

A essência da soberania territorial está contida na noção de propriedade. Este termo designa tanto as condições de fato quanto as condições de direito que permitem que um território possa ser considerado pertencente a esta ou àquela autoridade. Em outras palavras, refere-se à existência daqueles fatos que, sob o direito internacional, são considerados necessários para acarretar as consequências legais de uma mudança no status jurídico de determinado território. (SHAW, 2010, p. 338).

A posição de Shaw (2010) pode ser analisada sob o prisma de que deve haver alguma estrutura institucional que detenha o poder de organizar a sociedade juridicamente, seja no plano interno ou internacional. Hodiernamente, esse poder de organizar deve ser compreendido como Estado.

Historicamente, aceita-se que “após a queda do Império Romano, o poder político fragmentou-se na Europa, dividido entre numerosos príncipes, chefes militares das diversas tribos bárbaras.” (CACAHAPUZ, 1995, p. 25).

Durante toda a Idade Média, o poder foi pulverizado pelo feudalismo, já que cada feudo consistia em uma unidade política, jurídica, econômica e social, comandada por pressupostos de suserania e de vassalagem. Para Lewandowski, (2014, p. 3), “[...] a ideia de soberania desenvolve-se [...] a partir do colapso do sistema político, social e econômico da Idade Média, ocasionado por vários fatores, dentre os quais as revoltas camponesas [...].”

Nota-se que, no feudalismo, sem soberania - que formalmente era uma prerrogativa do monarca -, havia a autonomia. Os feudos eram unidades autônomas, com poderes jurídicos, políticos, econômicos e sociais.

Registra-se, mais uma vez, que da Antiguidade ao fim do feudalismo, não se pode afirmar que houve soberania estatal porque faltava "o único dado capaz de trazer à consciência e o conceito de soberania: a oposição entre o poder do Estado e os outros poderes." (DALLARI, 2009, p. 75).

As noções de Direito Interno e de Direito Internacional com as quais lidamos atualmente datam de um período histórico relativamente recente, ou seja, do momento em que se desenvolve o conceito de soberania do Estado, mais precisamente a partir do século XVI de nossa era. (LEWANDOWSKI, 2011, p. 5).

Portanto, a soberania é uma instituição ligada diretamente à criação do Estado Nacional, sendo que ela o auxiliou a tarefa de criar condições para a unificação de tradições e, principalmente, uma unidade territorial, política, jurídica e social. Inclusive, condições para que se desenvolvesse alguma forma de resistência do Estado ao poder eclesiástico.

O conceito de soberania do Estado foi se formando em consequência da longa luta travada pelos reis da França, internamente para impor sua autoridade aos barões feudais, e externamente para se emanciparem da tutela do Santo Império Romano, primeiro e depois o Papado. (AZAMBUJA, 1958, p. 69).

Destaca-se, preliminarmente, que a doutrina de Heywood (2010, p.114) mostra de maneira simples e crítica que *La soberania implica poder absoluto e ilimitado. Sin embargo este concepto aparentemente simple oculta un mar de confusiones, incomprensión y desacuerdo*.

Como demonstrado, o Estado Nacional, em seu início, utilizou a soberania estatal como meio de afirmação, o que, no latim clássico, foi descrito como *super omnia* e em latim vulgar, *superamos.* Em ambos os casos, a referência é ao poder incontrastável do Estado sobre o particular. Conforme a doutrina,

O conceito de soberania, claramente afirmado e teoricamente definido no século XVI, é um dos que mais tem atraído à atenção dos teóricos do Estado, filósofos do direito, cientistas políticos, internacionalistas e de todos quantos se dedicam ao estudo das teorias e fenômenos jurídicos e políticos. (DALLARI, 2007, p. 74).

Assim, vê-se, didaticamente, que as origens da soberania advêm de dois grandes sistemas jurídicos: em primeiro lugar, do Direito Internacional, com a Paz de Westfalia, um marco histórico e jurídico que impôs, no plano das relações internacionais, o paradigma segundo o qual nenhum Estado pode intervir em outro. Salienta-se que há discordância quanto à importância desse marco para o conceito de soberania, haja vista a seguinte advertência teórica: “Entre os juristas, é comum encontrarmos a afirmação de que a soberania nasce a partir da Paz de Vestfália. Não é verdade!” (VARELLA, 2015, p. 259).

Neste trabalho, devido às condições sociais, políticas e jurídicas que existiam nos Estados, adota-se o reconhecimento jurídico da soberania calcado nos tratados da Paz de Westfalia (1648), assinados nas cidades de Münster e Osnabruck, e no Tratado dos Pirineus (1659), entre a França e a Espanha, que culminaram com a normatização da não interferência entre os Estados.

Em segundo lugar, a área do Direito que corroborou a afirmação histórica e o desenvolvimento da soberania estatal foi o Direito Constitucional, foco jurídico de criação e de legitimação das estruturas internas do Estado. Essa área influenciou o âmbito legislativo interno dos países, reconhecendo o quanto a soberania, como norma constitucional, é fundamental.

É válido destacar que o Direito Constitucional, na atualidade, considera pacificado o entendimento de que a soberania estatal é um fundamento do próprio Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo primeiro, inciso terceiro, a reconhece como um valor pré-estatal.

Pode-se afirmar que o constitucionalismo latino-americano atual identifica a soberania como valor fundamental, tal como demonstram as constituições do Chile de 1980, do Paraguai de 1990, do Uruguai de 1996 e da Argentina de 1994.

Infere-se que, no século XVI, reconheceu-se a soberania como fundamento do Estado Nacional, concepção que perdurou até o fim da Segunda Guerra Mundial, visto que ela, a soberania, praticamente não sofreu nenhuma modificação no seu conceito, nem tampouco em seu conteúdo jurídico até meados da década de 40.

Isso porque, no plano internacional, os Estados se mantiveram juridicamente iguais. Mas no plano interno, estabeleceram-se, principalmente, como superiores aos particulares, tendo em vista sua supremacia sobre a vontade privada.

Nessa perspectiva, conforme Kelsen (2013) e Pauperio (1958), a soberania estatal é dotata das seguintes caracteríticas: unidade, indivisibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e inviolabilidade. Essas características foram descritas por Pauperio (1958) da seguinte forma:

- Como unidade, deve-se entender que, em determinado território, tem-se apenas uma ordem jurídica estatal que se sobrepõe a todas as outras formas deônticas preexistentes. “Da unidade chegamos, por conclusão lógica, à indivisibilidade. Se a soberania é una, não se pode dividir. Se se dividisse, deixaria de ser una.” (PAUPERIO, 1958, p. 30). Isso se aplica a todos os fatos jurídicos que ocorrem em um determinado Estado;
- Por inalienabilidade, deve-se entender a impossibildade jurídica de transferência da soberania para outro ente. O Estado que delega sua soberania a outro deixa de existir, como ocorre nas Federações, nas quais cada ente federado abre mão da sua própria soberania em prol de oportunidades maiores, recebendo autonomia federativa, tal como ocorre no Brasil;
- Sobre a imprescritibilidade, diz-se que ela “conserva-se permanentemente o supremo poder, pode, a qualquer tempo, fazer-se sentir, através de resoluções contrárias às já tomadas, sem a que, quer que seja precisar prestar contas.” (PAUPERIO, 1958, p. 31);
- A inviolabilidade se constitui na impossibilidade de ingerências de determinado Estado nas decisões políticas e jurídicas de outro, tendo em vista que há igualdade formal entre eles, o que demonstra o paradigma cooperativo no plano internacional. Tal proposição configura o princípio da igualdade soberano, tal alardeado e reconhecido, inclusive, pelas Organizações das Nações Unidas.

Observa-se que as principais caracteristicas da soberania estatal estão diretamente ligadas às competências internas do Estado e a suas relações internacionais.

2. A SOBERANIA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Na presente parte, demonstra-se, de forma sintética, a evolução da soberania estatal na história constitucional brasileira no período compreendido entre as Constituições de 1824 e de 1988.

Pelo prisma eminentemente jurídico, pode-se afirmar que "o nascimento do Brasil se deu sob o signo do constitucionalismo. A evolução histórica do constitucionalismo no Brasil coincide com as transformações substanciais do próprio Estado". (CARVALHO, 2013, p.230).

Nessa perspectiva, entende-se que a Constituição é a consolidação da soberania estatal; portanto, "o princípio da soberania está previsto de forma explicita, ou é deduzível de forma implícita, em todas as constituições nacionais." (OLIVEIRA, 2000, p. 1).

A primeira Constituição brasileira foi outorgada em 25 de março de 1824, pelo então Imperador do Brasil, Dom Pedro I, que instaurou um governo centralizador. Na prática, foi criada uma monarquia absolutista, marcada pela ingerência nos poderes constituídos através do poder moderador (art. 10) e na sacralidade e inviolabilidade da pessoa do regente (art. 99). "A grande novidade da Carta de 1824 – e, convictamente, o seu traço mais característico – foi a quadripartição das funções do Estado: Poder Legislativo, Executivo, Judicial e Pode Moderador". (SILVA NETO, 2009, p.73).

A Constituição de 1824 foi um documento jurídico que refletiu sua época, centralizando o poder na figura do governante que precisava unificar regiões díspares, pacificar rixas regionais históricas e criar tanto um sentimento de Estado, quanto de Nação. Isso porque, naquele momento, o Brasil se separava definitivamente da metrópole lusitana que o governava há quase 200 anos.

A Constituição do Império apresentava, em seu artigo 1°, a seguinte previsão:

> O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brazileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independência". (PLANALTO, 2014, p.1).

Estabeleceu-se a base constitucional para que o Brasil se tornasse um Estado independente, portador de uma soberania estatal calcada na vontade popular.

Nota-se que a Constituição Imperial, em seu artigo 12, estabeleceu: "Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação." Demonstrou que o império brasileiro reconhecia, de forma implícita, que a soberania pertencia à Nação,

que fora delegada ao Estado e que, na figura do imperador, deveria perseguir o bem comum.

A Carta imperial de 1824 foi a mais longeva de nossa história constitucional. Auxiliou o governo central a manter a unidade nacional, instrumentalizou os jurídicos meios para que fossem vencidos os movimentos separatistas e proporcionou condições para o desenvolvimento inicial do Estado brasileiro.

Devido aos desgastes interno e externo, houve um amplo movimento de ruptura com as instituições constituídas. Assim, em 24 de outubro 1891, o Brasil recebeu a sua segunda Constituição, cujo preâmbulo já estabelecia uma grande modificação estrutural, baseada na soberania popular que assim aduzia: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte.” (PLANALTO, 2014, p. 1).

Um traço marcante da Constituição de 1891 foi que “a nova República que se erguia desfez-se do Poder Moderador, traço pernicioso de inconfundível ingerência nos demais poderes.” (LOFFREDRO, 2009, p. 13).

Aquele período histórico ficou conhecido como a “República Velha”, marcado pela influência dos “coronéis” que exerciam a imposição de sua vontade em suas localidades, inclusive o “voto de cabresto”.

Politicamente, a “República Velha” foi caracterizada pela alternância do poder entre os estados de Minas Gerais e de São Paulo, o que é sempre lembrado com a expressão “política do café com leite”, pelas produções daqueles dois entes federados. “A República estabeleceu o regime presidencialista, inspirado numa solução americana, e já aclimatado nos países da América espanhola.” (FERREIRA, 2002, p. 51).

Por influência de Rui Barbosa, essa Constituição do Brasil foi identificada com a carta estadunidense de 1787, ao tornar o Estado brasileiro uma República Presidencialista. Com isso, elevou as províncias à condição de estados-membros, sepultou o processo de voto censitário e rompeu com os privilégios honoríficos e de nobreza, tal como demonstra o seu artigo 1º:

> A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. (PLANALTO, 2014, p. 1).

Nesse sentido, conclui-se que a Constituição de 1891 refletiu uma clara preocupação em instituir as formas republicana, federativa e o presidencialismo como as novas bases políticas no Estado brasileiro.

A soberania estatal se solidificou com a desconcentração de competências para as províncias, as quais puderam legislar sobre as relações jurídicas locais e manter a primazia da União em relação aos contatos exteriores. Assim demonstra o artigo 48, 16:

> Art. 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...] entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso. (PLANALTO, 2014, p. 8).

Assim, podemos entender que, na Constituição de 1891, “a soberania do poder constituinte era claramente cerceada” (OLIVEIRA, 2000, p. 7) pelos “fatores reais de poder” de sua época. Porém, promoveu um avanço na configuração do Estado brasileiro, com a inclusão das citadas formas republicana, presidencialista e federativa que se mantêm até hoje.

Avançando na história, “os primeiros anos da década de 30 espelharam já o início de uma convulsão ideológica, de graves consequências para a futura ordem constitucional brasileira.” (BONAVIDES, 2010, p. 367). Assim,

Em 16 de julho de 1934, era promulgada a nova Constituição do país, a terceira do Brasil e a segunda da República. Essa Carta inseriu a democracia social e tinha como paradigma a Constituição de Weimar. Os princípios fundamentais foram mantidos, tais como a República (art. 1º), a Federação (art. 1º), a divisão dos três poderes (art. 3º), o presidencialismo (art. 51) e o regime representativo (art. 1º). (NISHIYAMA, 2013, p.76).

Entre as crises da década de 30 no Brasil, aponta-se o rompimento do estado de São Paulo com a política vigente de alternância de poder entre ele e Minas Gerais, gerando um severo desgaste político que culminou com a ruptura da “República Velha”. Essa situação política lançou as condições propícias para que houvesse a ascensão da figura de Getúlio Vargas ao poder. Ele, efetivamente, comandou a nação brasileira por mais de uma década e influenciou toda a produção jurídica por meio de um amplo reconhecimento dos direitos sociais, como as condições de trabalho.

No Brasil, isso ocorreu, principalmente, pela ampla inserção dos direitos sociais no contexto do constitucionalismo latino-americano. Eles começavam a ser reconhecidos na ordem constitucional e infraconstitucional, destacando-se a participação dos imigrantes europeus nesse sentido, os quais se uniram em busca desse reconhecimento.

Essa terceira Constituição brasileira representou um importante instrumento para o avanço político e institucional, principalmente servindo ao reconhecimento da soberania popular, tal como é demonstrado em seu preâmbulo:

> Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte [...]. (PLANALTO, 2014, p. 1).

O povo foi reconhecido expressamente como o titular da soberania e como a fonte da normatividade jurídica, tal como demonstrado no artigo 2°, que assim previu: "Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos".

A soberania estatal, assim, foi descrita explicitamente no âmbito constitucional, inclusive com o reconhecimento de suas limitações no artigo 3°que previu: "São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si".

A Constituição brasileira de 1934 fundamentou um largo avanço social ao estabelecer, em seu texto, a igualdade entre os gêneros e o voto secreto. Auxiliou, portanto, a formação da soberania popular, como valor de cumeada no Direito brasileiro.

Contudo, devido a um contexto internacional altamente instável, principalmente marcado pela Segunda Guerra Mundial e por uma série de condições sociais e políticas que fogem ao escopo desta dissertação, o constitucionalismo brasileiro foi "eclipsado" pela imposição da Constituição de 37, conhecida como "A Polaca". (SILVA, 2014). Esse apelido deveu-se à forte inspiração da Carta brasileira nas constituições autoritárias da Polônia (1935) e do Estado Novo português (1933).

Receoso, Getúlio, que havia sido eleito pela Assembleia Constituinte, tal como ocorrera anteriormente com Deodoro da Fonseca, também reproduziu com fidelidade o gesto deste, na tentativa de restabelecer o poder central. Desse modo, toma, a uma só penada, três atitudes de extrema relevância para o futuro político da

nação brasileira: dissolveu a Câmara e o Senado, revogou a Constituição de 1934 e outorgou a Carta de 1937. (LOFFREDRO, 2009, p. 43).

Dessa maneira, o Brasil recebeu a sua segunda Constituição outorgada e a quarta em sua história. Ela foi idealizada por Getúlio Vargas e efetivamente escrita pelo jurista Francisco Campos. Foi imposta por um Estado que buscava afastar um suposto risco do comunismo no Brasil, previsto no falacioso “Plano Cohen” sob a forma de uma invasão ao território nacional.

Apesar do expressamente dito no artigo 1º - “O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade” -, essa Carta fez sucumbir, na prática, a soberania popular. Lançou o Estado ao poder despótico de Getúlio Vargas, que suprimiu a autonomia dos estados-membros, tal como previa o seu artigo 9°.

Uma das ações desse governo que comprovou a centralização do poder foi a cerimônia de incineração das bandeiras estaduais em 27 de novembro de 1937, na praia do **Russel, no Rio de Janeiro**, diante do altar da Pátria. Com isso, buscou-se instaurar um culto nacional aos valores centrais, em detrimento do regionalismo.

Contudo, com o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945 e o consequente retorno dos soldados brasileiros participantes do “teatro de operações” na Europa, instaurou-se uma forte crítica ao regime autoritário comandado por Getúlio Vargas.

Após a superação dos distúrbios sociais, o Brasil recebeu a sua quinta Constituição em 16 de setembro de 1946.

A constituição de 1946 nos traz a certeza de que toda ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim. E, nesse caso da ditadura de Vargas, pode-se dizer que a luz se seguiu às trevas foi de especial intensidade: o liberalismo do texto de 46 deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros. (BONAVIDES, 1991, p. 409).

Essa Carta reconheceu, já em seu preâmbulo: ”Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte”. (PLANALTO, 2014, p. 1).

A soberania do Estado foi restituída com o reconhecimento do poder popular, inclusive, com os poderes de representação, como demonstrou o seu artigo

56, que assim previu: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, segundo o sistema de representação proporcional, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Territórios”. (PLANALTO, 2014, p. 5).

A Constituição de 1946 trouxe um grande avanço jurídico no âmbito dos direitos sociais, proporcionando condições para o amadurecimento de uma democracia social no Brasil.

Contudo, paralelamente, houve uma intensa pressão mundial, devido a influências internacionais no contexto da chamada “Guerra Fria”, travada entre os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Tratava-se de um conflito ideológico entre o capitalismo e o socialismo que solapava o mundo, impondo que cada Estado se filiasse a uma corrente ideológica e, dessa maneira, escolhesse um lado da contenda.

Nesse diapasão, em 1960, foi eleito Presidente do Brasil o político Jânio Quadros e, em seu governo, foi feita uma proposta de condecoração da República brasileira ao guerrilheiro e revolucionário argentino Ernesto “Che” Guevara. Esse ato foi tomado como afronta aos militares e, por causa o descontentamento da caserna e dos questionamentos públicos que se seguiram, Jânio renunciou a seu cargo em 1961, alegando que “forças terríveis” se levantaram contra ele.

Aberta a vacância da Presidência da República, o Vice-Presidente **João Belchior Marques Goulart foi comunicado sobre a necessidade de preenchimento do cargo durante a sua visita oficial a China. E mais uma vez, devido a conflitos ideológicos causados pela “Guerra Fria”, foram criados embaraços para Jango, sendo então aprovada a primeira e única experiência parlamentarista brasileira. Em 1964, o presidente foi deposto e instaurou-se um regime de exceção no Brasil.**

Em 1967, o Brasil recebeu a sua sexta Constituição, criada com uma forte influência do regime militar que imperava à época. Ou ainda, como explica Bonavides (1991, p. 432), “Para a Carta de 1967, o governo utilizou-se do inexistente Poder Constituinte Congressual, aproveitando-se da mutilação do Legislativo que as cassações deformaram e aviltaram.”

Nessa conjuntura, o Brasil viu-se novamente em uma crise institucional, já que, na prática, o Poder Executivo se sobrepunha aos demais Poderes constituídos, devido ao exercício, de fato, do poder dos militares.

Tecnicamente, a Constituição de 1967 tem a redação similar à de 1946, mas sua interpretação só podia ser realizada sob a ótica hermenêutica exclusiva do governo militar, modificando totalmente o rol interpretativo possível à época.

Nesse contexto, restaram poucas dúvidas de que a soberania foi mais uma vez deslocada da vontade popular para a centralização jurídica e social de um governo centralizador. Esse deslocamento pôde ser comprovado pela escalada legislativa dos Atos Institucionais (AI) que fortaleciam o poder estatal e culminou com o recrudescimento do regime instaurado com o AI-5, que concedeu poderes ditatoriais ao “governo revolucionário”. O Brasil passou a ser um Estado autoritário, que impôs o cumprimento das leis instituídas, inclusive se utilizando do instituto do exílio para manter suas convicções.

Já nas relações internacionais, a soberania foi usada para a negociação de empréstimos com empresas e organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), visando à realização de grandes obras de infraestrutura no país.

Com o regime militar, o Brasil viveu “anos de chumbo”, o que forçou uma “reorganização da sociedade civil, que tinha no combate ao regime militar um ponto de convergência.” (SARMENTO, 2013, p.152).

A década de 80 foi marcada pelo processo de redemocratização do Brasil, destacando-se uma ampla participação popular, que impulsionou a abertura política em nosso Estado, culminando com a transição democrática.

Para tanto, em 1987, foi convocada uma nova Assembleia Constituinte para a construção de uma Constituição que pavimentasse a democracia brasileira. O ápice dessa transição ocorreu em 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a “Constituição Cidadã”.

Anunciada como “cidadã”, criticada por perdularismos, recheada de redundâncias, ampla na generosidade social e incongruente consigo mesma ou com os tempos que vieram depois, e a levaram a mudanças que continuam sendo processadas, essa Carta foi o fruto possível de processo de transição para a democracia e o resultado negociado entre os que, nos dias de hoje, passaram a ser chamados de *stakeholders* – os que dividem entre si o PIB e a realidade brasileira. (DANTAS, 2013, p. 18).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi, seguramente, a norma fundamental mais democrática já produzida no país, pois tem em seu texto um amplo reconhecimento dos direitos fundamentais e a garantia de sua efetivação.

Quanto à soberania, a Constituição Cidadã a reconheceu como um valor pré-estatal, fundamento da construção de um Estado Democrático de Direito. O vocábulo “soberania” é referido várias vezes: no artigo 1°, III, define a soberania como estatal; o artigo 14 estabelece a soberania popular como base do sistema democrático; o artigo 170, I, cita a soberania como princípio da ordem econômica.

Pelo visto, diz-se que a Constituição de 1988 reconheceu a importância e a efetividade da soberania como um valor a ser utilizado pelo Estado na promoção do seu desenvolvimento e no cumprimento das melhorias das condições sociais.

Ante o exposto, vê-se que, de maneira explícita ou implícita, a soberania esteve sempre presente nas Constituições brasileiras. Em cada uma das normas fundamentais brasileiras, como esperado, ela teve um escopo diferente, servindo ora ao Estado autoritário, como meio de imposição de seus interesses, ora ao reconhecimento de direitos, como a evolução dos direitos sociais no Brasil.

3. PERSPECTIVAS ATUAIS DA SOBERANIA

Há uma clara multiplicação de conceitos de soberania estatal, sendo que praticamente todos se baseiam na crença westfaliana de verticalidade nas relações jurídicas internas e de horizontalidade nos liames entre os Estados em suas conexões internacionais.

Contudo, após a divulgação dos horrores nazistas, a conceituação jurídica da soberana nacional vem sendo revisitada por diversas correntes de pensamento jurídico, podendo-se, em síntese, afirmar que “[...] o conceito de soberania é complexo, tem variado no tempo e no espaço, e merece ser analisado”. (AZAMBUJA, 1958, p. 59).

Além de revisitado, o conceito deve ser atualizado à luz da realidade, haja vista as amplas mudanças jurídicas, políticas e sociais que ocorreram e ocorrem no mundo, transformando o cenário interno e o internacional.

Nesse sentido, na literatura espanhola, foi encontrado o seguinte posicionamento: *Muchas de las cuestiones que seguimos debatiendo en torno a la*

soberanía de los Estados-nación y la efectividad del derecho internacional, han sido ya planteadas en el pensamiento jurídico pos Weimar (VITTA, 2014, p. 3), devido ao sentimento provocado pelas atrocidades cometidas pelos nazistas.

Corrobora-se, portanto, a existência de uma crise tanto no conceito quanto no conteúdo jurídico da soberania estatal. Para Ferrajoli (2002, p. 44), “ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma como um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica.”

Houve uma mudança doutrinária que reconhecia a soberania estatal como um valor supremo e ilimitado, imprimindo igualdade jurídica entre os Estados, no plano internacional, e sua supremacia, no plano interno. Mas de acordo com More (2014, p. 5), “a soberania não mais pode ser traduzida através do caráter historicamente absoluto da soberania interna e territorial.”

Outro posicionamento doutrinário que deve ser evidenciado por sua visão crítica é: “Se o critério essencial do desenvolvimento do direito internacional consiste na afirmação da soberania do Estado, essa soberania do Estado deve ser uma realidade existente do ponto de vista de um conhecimento científico do próprio Estado.” (KELSEN, 2000, p. 122).

Verifica-se, hodiernamente, que há uma clara preocupação doutrinária que visa superar o modelo westfaliano de soberania, devido às mudanças estruturais ocorridas no Direito, na política e na sociedade. Ou ainda, conforme posicionamento jurídico lapidar sobre o tema, “aceitar a soberania como poder ilimitado e absoluto do Estado no seu território é não vislumbrar as mudanças sofridas pelo conceito para adaptar-se à realidade jurídica e social.” (LIZIANE, 2005, p. 222).

Os moldes atuais da soberania estatal são incompatíveis com pretensões como a internacionalização de recursos naturais, a exemplo das tímidas tentativas de tornar a Amazônia Legal Brasileira uma área de proteção internacional.

No padrão atual da soberania, não é possível a internalização da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que estabelece condições de autonomia para as tribos indígenas.

Portanto, do reconhecimento de um instituto pleno, tal como nos moldes westfalianos, à atualidade, verifica-se, por diversos motivos, uma crise da soberania estatal, que deve ser revista, como já dito. No dizer de Pauperio (1958, p. 182), “O

conceito de Bodin é incompatível com o estado atual de Direito Público e com o caráter jurídico do Estado Constitucional moderno."

Assim, pelo conteúdo apresentado, pode-se deduzir que, atualmente, o conceito de soberania deve realmente ser revisto, porque "O Estado Nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto por cima quanto por baixo." (FERRAJOLI, 2002, p. 48). Assim, tem-se em vista que a soberania estatal já não pode ser entendida como um repositório estanque e sim, como um processo de integração entre os Estados, visando ao reconhecimento e à efetivação dos direitos da pessoa humana no plano interno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto infere-se que a soberania estatal foi utilizada como forma de cristalização do Estado, que precisava em seus primórdios se impor sobre os costumes e demais padrões sociais, bem como se estabelecer na ordem jurídica internacional.

Neste sentido, nota-se que a soberania estatal foi utilizada para se afirmar o padrão da supremacia interna do Estado, como a única ordem jurídica a ser observada por todos os cidadãos.

Bem como, em 1648 com a assinatura dos Tratados de Pirineus, também conhecido como a "Paz de Westfalia" a soberania estatal foi reconhecida juridicamente no plano internacional, havendo a aplicação do princípio hoje conhecido como igualdade soberana.

Salienta-se, que este é um recorte que privilegia a visão ocidental onde os Estados se utilizaram da soberania para se distanciar dos sistemas religiosos que colidiam com o poder laico.

Já na conturbada história constitucional brasileira tem-se que a soberania estatal transitou entre o autoritarismo e a afirmação da soberania popular, sendo utilizada tanto para a libertação e reconhecimento de direitos fundamentais, quanto também foi instrumento de propaganda para planos autoritários que tolheram a liberdade.

Hoje a soberania estatal é imprescindível para a aplicação do Direito, contudo, seu conteúdo e conceito passam por uma profunda crise. A afirmação de

que a soberania é a igualdade jurídica nas relações internacionais e a supremacia no plano interno é insuficiente para enfrentar os problemas atuais.

Neste sentido, a globalização e aproximação entre os Estados demonstra que a soberania continua sendo um instituto em desenvolvimento que precisa se adaptar a chamada pós-modernidade jurídica.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado:** exposição clara dos princípios fundamentais da doutrina do Estado. São Paulo: Globo, 1959.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte, Fórum, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: Consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **HC 72.391-8/DF**, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 17.3.1995. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo_verProcessoTexto.asp?id=2702369> *Acesso em: 5 out 2014.*

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

______ **Teoria Constitucional da Democracia Participativ**a: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2004.

Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Mallheiros, 2010.

CACHAPUZ, Antônio Paulo de M. **O Poder de Celebrar Tratados**: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: 1995.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 19. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

COLOMBO, Silvana. **Da Noção de Soberania dos Estados à Noção de Ingerência Ecológica.** Disponível em: <http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&sclient=psy-ab&q=westfalia+e+a+soberania&oq=westfalia+e+a+soberania&gs_l=serp.3..33i21.19089.28575.0.28993.28.26.2.0.0.4.1695.10484.0j2j12j2j1j5j2j0j1.25.0...0.0...1c.1.12.psy-ab.wWOFUoBSaKo&pbx=1&bav=on.2,or.r_qf.&fp=c59934b9776f2f93&biw=1348&bih=664.> Acesso em: 12 maio 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoría del Estado**: algumas ideas fundamentales para la elaboracioan de una nueva teoria del estado. Barcelona: Bosch, 1956.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria (s) do Direito**: do jusnaturalismo ao pós-positivismo. Belo Horizonte: D'Placido, 2014.

GODOY, A. S. de M. O Positivismo Jurídico**. Jus Navigandi**, ano 12, n. 1452, 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10060>. Acesso em: 4 ago 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S. **As Correntes e Escolas Mais Importantes do Pensamento Jurídico**. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

HEYWOOD, Andre. **Introdución a la Teoria Política**. Valéncia: Tirant lo blanch, 2010.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. Bela Vista: Alameda, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direito comunitário e soberania: algumas reflexões. **Revista da Faculdade de Direito**. 1997. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67362/69972> Acesso em:20 maio 2014.

LOFFREDO, Lília de Castro Monteiro. **A Evolução Político-Constitucional no Brasil**. **Jus Navigandi**, ano 14, n. 2335, 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13903>. Acesso em: 6 jun 2014.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A Humanidade e Suas Fronteiras:** do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 7. ed. Coimbra: Coimbra, Tomo 1, 2003.

MORE, Rodrigo Fernandes. **O Moderno Conceito de Soberania no Âmbito do Direito Internacional**. Disponível em: <http://more.com.br/artigos/Soberania.pdf> Acesso em: 1 maio 2014.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Manual de Teoria Geral do Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

NOBREGA, João Carlos Santos. **História do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A soberania frente à globalização. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, v.2, n.1, 2005, p. 202-205.

OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. A Teoria Geracional dos direitos do homem. **Theoria Revista Eletrônica de Filosofia,** v.1, 2014, p.10-26.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAUPÉRIO, A Machado. **O Conceito Polémico de Soberania**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PERININI. Raquel Fratantonio. **A Soberania e o Mundo Globalizado**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4325/a-soberania-e-o-mundo-globalizado>. Acesso em: 12 maio 2013.

PLANALTO. ***Constituição Política do Império do Brazil de 1824****. Disponível em:* <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> *Acesso em: 20 mar 2014.*

________. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891.** *Disponível em:* <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> *Acesso em: 20 mar 2014.*

_______. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934.** *Disponível em:* <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> *Acesso em: 20 mar 2014.*

_______. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** *Disponível em:* <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> *Acesso em: 20 mar 2014.*

_______. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> *Acesso em: 20 mar 2014.*

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**: noções gerais do direito positivo e direito objetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A justiça no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**: para uma nova cultura política*.* São Paulo: Cortez, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla; Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010

SILVA, José Afonso da.**O Constitucionalismo Federal no Brasil nos Ultimos 70 Anos**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/648/21.pdf.> Acesso em: 6 jun 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos Paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2008.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VITTA, Leticia. **Soberanía y Derecho Internacional em el Pensamiento Jurídico de Weimar**. Disponível em:< http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investagadores/publicaciones/vita-soberania-y-derecho-internacional-en-el-pensamiento-juridico-de-weimar.pdf> Acesso em: 1 maio 2014

A APLICAÇÃO DE REGRAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA OMC

Caroline Lima Ferraz[43]
Renata de Assis Calsing[44]

1. INTRODUÇÃO

A Organização Mundial do Comércio – OMC, e Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT, inovaram no comércio internacional ao estabelecer princípios obrigatórios a todos os Estados-Membros. Do principal princípio, o da Não-discriminação, derivam os princípios da Cláusula da Nação mais favorecida e o do Tratamento Nacional. Esses princípios estabelecem que ao negociar com um parceiro comercial, o Estado-membro é obrigado a estender aos demais Membros da OMC qualquer vantagem ou privilégio concedido ao parceiro comercial, bem como um Estado não pode despender a um produto similar tratamento diferenciado do que detém o produto nacional.

Diante disso, é difícil aplicar medidas restritivas ao comércio com base em alegações comprovadas de desrespeito às regras internacionais de Direitos Humanos. As exceções são as previstas nos artigos XX do GATT-47, absorvido pela OMC, e no Artigo XIV do GATS – Acordo Geral Sobre Comércio de Serviços.

Embora alguns casos tenham sido julgados favoravelmente à proteção dos direitos humanos, como o Caso Concernente à utilização de Amianto e produtos derivados na União Europeia, a OMC e a liberalização desenfreada do comércio internacional são vistos como o agravadores da exploração do trabalho infantil e de mulheres – principalmente nas indústrias de tapete e de tecidos dos países menos desenvolvidos – desemprego e reduções salariais nos países com indústrias menos competitivas, poluição do meio ambiente e graves violações de direitos humanos.

---

[43] Caroline Lima Ferraz, aluna especial do Mestrado em Direito Internacional Econômico da Universidade Católica de Brasília, é advogada e bacharel em Relações Internacionais, pós-graduada em Direito, Estado e Constituição.

[44] Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora Titular do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Analista de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.

2. OS PRINCÍPIOS BASILARES DA OMC

A Organização Mundial do Comércio – OMC tratou de estabelecer regras comuns para o desenvolvimento do livre comércio. Para que não houvesse tratamento benéfico a determinados grupos de países em detrimento de outros, a OMC estabeleceu como regra fundamental de suas negociações o princípio da não-discriminação, princípio baseado na igualdade entre os Estados e em sua soberania. Previsto nos artigos I e II do GATT-47, no tocante a bens, e no artigo II do Acordo de Serviços, desse princípio decorrem duas outras regras que devem ser observadas: princípio da Nação Mais Favorecida (Art. I) e o princípio do Tratamento Nacional (Art.III).

Peter Van den Bossche afirma que a essência da obrigação de não-discriminar é que produtos *iguais* devem ser tratados de forma igualitária, independentemente do país de origem (BOSSCHE, 2013. p. 318)

Segundo o Acordo GATT-47, o princípio da Nação Mais Favorecida prevê que

> (...) Art. I. Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III.[45]

De acordo com esse princípio, ao negociar com um parceiro comercial, o Estado-membro é obrigado a estender aos demais Membros da OMC qualquer vantagem ou privilégio concedido ao parceiro comercial.

Para José Critella Neto, a cláusula da Nação Mais Favorecida é o mecanismo de livre comércio multilateral ideal para que se evitem acordos bilaterais e proporcione, a longo prazo, a redução geral das tarifas comerciais mundiais (2003, p. 2). A aplicação automática dessa Cláusula possibilita que todos os membros da

---

[45] Acordo da OMC em português, disponível em: < http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366 >

OMC sejam beneficiados com a abertura comercial promovida, mesmo sem querer assumir responsabilidades em relação a concessões ou obrigações assumidas pelos negociadores.

Essa prática de se beneficiar sem se comprometer é condenada por alguns doutrinadores. Vera Thortensen afirma que

> Se um participante não oferece reduções, ou não consolida suas novas tarifas, ele acaba se beneficiando das reduções alheias, sem incorrer nos custos de expor a sua economia a uma maior concorrência internacional. A prática condenada é a “pratica das caronas” (free riders) e a prática defendida é a participação de todos (THORTENSEN, 2003. p. 36)

O segundo princípio decorrente do não-discriminação é o do Tratamento Nacional, previsto no artigo III do GATT-47. De acordo com esse artigo,

> 1. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.
> 2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos nacionais ou importados, contrariamente aos princípios estabelecidos no parágrafo 1.[46]

Esse princípio impede o tratamento diferenciado de produtos nacionais e importados, quando o objetivo for discriminar o produto importado desfavorecendo a competição com o produto nacional.

A aplicação da Cláusula da Nação Mais Favorecida e a do Tratamento Nacional exige algumas regras, sendo elas a previsão expressa nos Artigos I e III, que a medida adotada deva trazer uma “vantagem” para o comércio de bens, que os produtos envolvidos devam ser considerados *like products* e que as medidas adotadas abranjam imediata e incondicionalmente qualquer produto similar, independente de sua origem (BOSSCHE, 2013. p. 320-321).

A problemática quanto à aplicação dos Direito Humanos na OMC surge no momento em que um Estado-membro não pode discriminar produtos iguais oriundos

---

[46] Acordo da OMC em português, disponível em: < http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366 >

de um país que viola normas internacionais de direitos humanos, como exploração de trabalho infantil ou trabalho escravo.

3. APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS REGRAS DA OMC: EXCEÇÕES PREVISTAS

Os direitos humanos e as regras de livre comércio – incluindo as da OMC – possuem princípios semelhantes, como a liberdade individual, a não-discriminação, as regras do devido processo legal, acesso às cortes de justiça e a possibilidade de demandas judiciais, promoção do bem estar social e a competição econômica entre cidadãos livres (PETERSMANN, 2000.p. 19).

Os críticos da globalização não são contrários ao livre comércio em si, mas, segundo Michael Trebilcook, com o

> free trade combined with a range of other “neo-liberal” policies – often referred as the Washington Consensus – including deregulation, high levels of protection for intellectual property rights, liberation of capital movements (including short-term capital flows) and the rejection of Keynesian monetary policies[47]. (TREBILCOOK, 2013.p. 13)

Com isso, a liberalização desenfreada do comércio internacional teria agravado a exploração do trabalho infantil e de mulheres – principalmente nas indústrias de tapete e de tecidos dos países menos desenvolvidos – desemprego e reduções salariais nos países com indústrias menos competitivas, poluição do meio ambiente e graves violações de direitos humanos (PETERSMANN, 2000.p. 19).

Petersmann acrescenta que

> Globalization is not only an economic and technological but also a legal phenomenon. The universal recognition of human rights as part of general international law requires universal rules which, like the WTO guarantees, protect also economic and legal freedom and non-discrimination across frontiers and access to judicial settlement of disputes at the national and international levels[48]. (PETERSMANN, 2000.p. 25).

[47] Tradução livre “livre comércio combinado com uma série de outras políticas "neoliberais" - muitas vezes referidas como o Consenso de Washington - incluindo a desregulamentação, elevados níveis de proteção dos direitos de propriedade intelectual, a liberação dos movimentos de capitais (incluindo os fluxos de capital de curto prazo) e a rejeição de políticas monetárias keynesianas”.

[48] Tradução livre: A globalização não é apenas nas áreas econômica e tecnológico, mas também é um fenômeno jurídico. O reconhecimento universal dos direitos humanos como parte do direito internacional geral exige regras universais que, como as garantidas na OMC, protegem também a liberdade econômica e jurídica e a não-discriminação através das fronteiras e o acesso à resolução de litígios judiciais em níveis nacional e internacional.

Muitos autores afirmam que a inclusão formal da problemática dos Direitos Humanos no sistema do comércio internacional poderia ajudar a legitimar ainda mais a OMC (PICCIOTTO, 2006. p. 2). Petersmann afirma que para que a OMC tivesse uma “cara mais humanitária”, alguns debates deveriam ser incluídos nas Rodadas de negociação da OMC, como a introdução da “cláusula social”, a “cláusula ambiental” e, até mesmo, a “cláusula dos direitos humanos” (PETERSMANN, 2000.p. 19). Ele acrescenta que relatório do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas – UNCHR, concluiu que a OMC é um “verdadeiro pesadelo” para alguns setores da humanidade, notavelmente para os países em desenvolvimento e para os direitos das mulheres (PETERSMANN, 2001. p. 4)

As regras de direitos humanos ofereceriam às normas da OMC a moral, a constitucionalização e a legitimidade democrática muito além do oferecido pelas justificativas econômicas e utilitárias atualmente empregadas (PETERSMANN, 2000.p. 24).

Embora Preâmbulo do GATT-47 trouxesse objetivos exclusivamente econômicos, alguns países começaram a adotaram políticas não-econômicas para proteger a moralidade pública, a saúde humana e/ou animal, bem como a preservação de recursos naturais. Com o advento da OMC, em 1995, a necessidade de uma maior efetividade refletiu na mudança da integração “negativa”, prevista no GATT-47, para uma postura de “interação positiva” das normas da OMC com a problemática dos direitos humanos.

O Preâmbulo do Acordo de criação da OMC, por sua vez, introduziu diretrizes a serem observadas por todos os Estados-membros, tais como o reconhecimento de que as relações entre os Membros, na esfera da atividade comercial e econômica,

> devem objetivar a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de Serviços, permitindo ao mesmo tempo a *utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente* e incrementar os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico (...)[49].

[49] Preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC em português, disponível em: < http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366 >

A forma encontrada por alguns Estados-Membros para bloquear produtos vindo de países que desrespeitam os direitos humanos é utilizar-se das exceções previstas em alguns acordos do GATT-47 e que foram estendidos com a criação da OMC.

Artigo XX do GATT-47

Gabrielle Marceau afirma que

> Some believe that WTO obligations somehow encourage, lead to, authorize or permit human rights violations, and that the WTO treaty should therefore be condemned. Others have argued that violators of human rights are necessarily also violators of WTO rules. Still others want to use human rights considerations to justify deviations from WTO markets access rules or to make preferences an other advantages conditional on compliance with human rights. (…) Unless otherwise prescribed, WTO provisions must evolve and be interpreted consistently with international law, including human rights law.[50] (MARCEAU, 2002. p. 754-755).

Assim, a possibilidade de aplicar medidas restritivas de comércio a países que burlam regras internacionais de direitos humanos está relacionada às exceções previstas no Artigo XX do GATT-47. Este artigo estabelece que

> Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:
> (a) necessárias à proteção da moralidade pública;
> (b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais;
> (c) que se relacionem à exportação e a importação do ouro e da prata;
> (d) necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios administrados na conformidade do § 4º do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e a medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro;
> (e) relativas aos artigos fabricados nas prisões:

[50] Tradução livre: "Alguns acreditam que as obrigações da OMC de alguma forma estimulam, provocam, autorizam ou permitem violações dos direitos humanos, e que o tratado da OMC deve ser condenado. Outros têm argumentado que os violadores dos direitos humanos são, necessariamente, também violadores das regras da OMC. Outros ainda querem usar determinações de direitos humanos para justificar desvios regras de acesso a mercados da OMC ou fazer um preferências a outras vantagens a respeito dos direitos humanos. (...) Salvo indicação em contrário, as disposições da OMC devem evoluir e serem interpretadas de forma consistente com o direito internacional, incluindo o direito internacional dos direitos humanos.".

> (f) impostas para a proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico;
> (g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais;
> (h) tomadas em execução de compromisso contraídos em virtude de um Acordo intergovernamental sobre um produto de base, em conformidade com os critérios submetidos às Partes Contratantes e não desaprovados por elas e que é ele próprio submetido às Partes Contratantes e não é desaprovado por elas.
> (i) que impliquem em restrições à exportação de matérias primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos nos quais o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, em execução de um plano governamental de estabilização; sob reserva de que essas restrições não tenham por efeito reforçar a exportação ou a proteção concedida à referida indústria nacional e não sejam contrárias às disposições do presente Acordo relativas à não discriminação.
> (j) essenciais à aquisição ou a distribuição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local; todavia, as referidas medidas deverão ser compatíveis com o princípio segundo o qual todas as Partes Contratantes têm direito a uma parte eqüitativa do abastecimento internacional desses produtos e as medidas que são incompatíveis com as outras disposições do presente Acordo serão suprimidas desde que as circunstâncias que as motivaram tenham deixado de existir. As Partes Contratantes examinarão, em 30 de junho de 1960, no máximo, se é necessário manter a disposição da presente alínea.[51]

A alínea “a”, deste artigo permite restrições comerciais unilaterais “necessárias à proteção da moralidade pública”, como a proibição de comercialização de material fotográfico pornográfico com grave violação aos direitos da mulher ou da criança (COSTA, 2013).

As alíneas “b”; “e” e “g”, que possibilitam a adoção de restrições “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas”, “artigos fabricados nas prisões” e “relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis”, respectivamente, são medidas comerciais restritivas que visam a restringir produtos decorrente de qualidades subumanas de trabalho (COSTA, 2013).

Contudo, essas medidas não podem ser utilizadas aleatoriamente. É preciso mesurar e balancear sua aplicação, pois a restrição no comercio somente deve ser utilizada se o fim – reduzir a produção de material pornográfico, por exemplo – for realmente alcançado. A aplicação de quaisquer medidas deve ser a menos restritiva (COSTA, 2013).

---

[51] Acordo da OMC em português, disponível em: < http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366 >

A aplicação dessas medidas menos restritivas ocorreu no caso DOMINICAN REPUBLIC — IMPORT AND SALE OF CIGARETTES, submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Para o OSC, "na análise devem ser levados em consideração fatores como o impacto no comércio, a importância dos interesses a serem protegidos pela medida, ou a contribuição da medida para alcançar o objetivo buscado. O peso e a medida desses três fatores informam qual medida alternativa poderia se esperar que o Membro envolvido pudesse empregar". Neste caso, concluiu-se que a restrição de produtos importados manufaturados, feitos com mão de obra infantil, condiz com resultado almejado, ou seja, punir violações aos direitos humanos. (COSTA, 2013).

Ligia Maura Costa acrescenta ainda que para a medida ter "sucesso", as restrições comerciais devem atender ao pré-requisito do *caput* do Art. XX, ou seja, "não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional".

Ela acrescenta ainda que

> sanções que visem à proteção dos direitos humanos podem ser vistas como medidas discriminatórias, arbitrárias ou, mesmo, injustificadas. Banir produtos do país ômega, com base no Art. XX, só seria admitida se respeitada a frase "entre os países onde existem as mesmas condições" do *caput* do Art. XX. Nesse contexto, o OSC já decidiu, no caso UNITED STATES — IMPORT PROHIBITION OF CERTAIN SHRIMP AND SHRIMP PRODUCTS, que para "interpretar 'arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições', devem existir três elementos. Primeiro, a aplicação da medida não deve ser discriminatória. […]. Segundo, a discriminação deve ser arbitrária ou injustificada, em seu caráter. Terceiro, a discriminação deve ocorrer entre países onde existem as mesmas condições". (COSTA, 2013).

Artigo XIV do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços – GATS

Outra possibilidade de se aplicar normas de proteção aos direitos humanos é no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços – GATS. O artigo XIV prevê que

> Sob reserva de que as medidas abaixo enumeradas não sejam aplicadas de forma que constituam um meio de discriminação arbitrário ou injustificável entre países em que prevaleçam condições similares ou uma restrição encoberta ao comercio de serviços, nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada no sentido de impedir que um Membro adote ou aplique medidas:
> a) necessárias para proteger a moral ou manter a ordem pública;

> b) necessárias para proteger a vida e a saúde das pessoas e dos animais ou para a preservação dos vegetais
> c) necessárias para assegurar a observância das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo, inclusive aquelas com relação a:
> i) prevenção de práticas dolosas ou fraudulentas ou aos meios de lidar com efeitos do não cumprimento dos contratos de serviços;
> ii) proteção da privacidade dos indivíduos em relação ao processamento e a disseminação de dados pessoais e a proteção da confidencialidade dos registros e contas individuais;
> iii) a segurança.
> d) incompatíveis com o Artigo XVII, sempre que a diferença de tratamento tenha por objetivo assegurar a imposição ou coleta eqüitativa ou efetiva de impostos diretos em relação a serviços ou prestadores de serviços de outros Membros.
> e) incompatíveis com a Artigo II, sempre que a diferença de tratamento resulte de um acordo destinado a evitar a dupla tributação ou de disposições destinadas a evitar a dupla tributação contidas em qualquer outro acordo ou convênio internacional pelo qual o Membro esteja vinculado.[52]

Os argumentos para aplicação do artigo XIV do GATS são os mesmos argumentos apresentados no artigo XX do GATT-47. No âmbito das exceções gerais do GATS, O Órgão de Solução de Controvérsias afirmou, no caso UNITED STATES — MEASURES AFFECTING THE CROSS-BORDER SUPPLY OF GAMBLING AND BETTING SERVICES, que “no contexto do Artigo XIV (a), isto significa que a parte reclamante deve demonstrar que a medida é ‘necessária’ para atingir os objetivos relacionados à moral ou à ordem pública”. Segundo Ligia Maura Costa, neste caso citado, “os Estados Unidos não conseguiram demonstrar que a referida medida era necessária à proteção da moral e da ordem pública e muito menos que não haveria outra medida disponível nos demais Acordos da OMC. Sua queixa foi, portanto, rejeitada pelo OSC” (COSTA, 2013).

Cláusula Social

Outra questão que vem sendo discutida é o estabelecimento de normas internacionais de trabalho para proteger os trabalhadores de economias mais exploradas. As primeiras discussões sobre o tema surgiram na Europa na primeira metade do Século XIX, nos primeiros estágios da Revolução Industrial (TRIBILCOCK, 2013. p. 716).

---

[52] Acordo da OMC em português, disponível em: < http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366 >

A partir da segunda metade do Século XIX, inúmeras organizações não governamentais surgiram com o intuito de proteger os trabalhadores e estabelecer regras trabalhistas mínimas. Em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a discussão das normas trabalhistas ganhou um aliado mais forte (TRIBILCOCK, 2013. p. 716). O Preâmbulo do Tratado de constituição da Organização definiu a necessidade de se estabelecer normas trabalhistas dignas em todos os países,

> (...) considerando que a não-adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios[53].

Entretanto, considerando que a OIT não possui força coercitiva para exigir dos países o estabelecimento dessas normas trabalhistas, as discussões de padrões mínimos a serem exigidos dos países pela OMC tem ganhado força, principalmente, com o apoio dos países desenvolvidos. Os interessados na discussão do tema discussão do tema pela OMC afirmam que a inexistência de padrões de trabalhistas caracterizaria o chamado *dumping social.*

Os grandes críticos dessa "padronização" mundial das normas trabalhistas são os países em desenvolvimento. Eles alegam que os Estados ricos estariam estabelecendo regras trabalhistas com o intuito de evitar o crescimento econômico dos países em desenvolvimento (ALMEIDA, 2013.p. 9).

4. OS DIREITOS HUMANOS E O ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Petersmann afirma que

> GATT and WTO dispute settlement bodies have rightly practiced judicial deference *vis-à-vis non discriminatory* national legislation and invocations of the general exception and "public interest clauses" of GATT and WTO law (e.g. GATT Articles XX and XXI)[54] (PETERSMANN, 2001.p. 32).

---

[53] Texto da OIT em português, disponível em < http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>

[54] Tradução livre: "Os órgãos de solução de controvérsias do GATT e da OMC praticaram corretamente deferência à legislação judicial nacional vis-à-vis não-discriminatória e a invocações da exceção geral e "cláusulas de interesse público" das regras do GATT e da OMC (por exemplo, no âmbito do GATT artigos XX e XXI)".

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pode ser acionado em três ocasiões: quando há violação de qualquer medida prevista nos Acordos; no caso de não-violação, mas se a medida estiver anulando ou prejudicando alguns benefícios proporcionados pelos acordos; ou as chamadas "situações de reclamação". Essas duas são excepcionais e estão relacionadas com os acordos de concessões tarifárias recíprocas do início do GATT (MARCEAU, 2002. p. 767-768).

Assim, quando um Estado-membro violar as medidas estabelecidas nos acordos da OMC, violando questões de direitos humanos previstas nos Artigos XX, GATT-47, e XIV, GATS, o Órgão de Solução de Controvérsias deve manter as restrições comerciais.

De acordo com levantamento de Ligia Maura Costa, desde a entrada em vigor da OMC, em 1995, até maio de 2013, 458 disputas tinham sido submetidas ao OSC. Dessas disputas, apenas 41 envolveram questões de diretos humanos e/ou as exceções previstas nos Artigos XX do GATT-47 e XIV do GATS. (COSTA, 2013). Seriam elas:

- DS 2: UNITED STATES — STANDARDS FOR REFORMULATED AND CONVENTIONAL GASOLINE
- DS 18: AUSTRALIA — MEASURES AFFECTING IMPORTATION OF SALMON
- DS 26: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES CONCERNING MEAT AND MEAT PRODUCTS
- DS 27: EUROPEAN COMMUNITIES — REGIME FOR THE IMPORTATION, SALE AND DISTRIBUTION OF BANANAS
- DS 31: CANADA — CERTAIN MEASURES CONCERNING PERIODICALS
- DS 44: JAPAN — MEASURES AFFECTING CONSUMER PHOTOGRAPHIC FILM AND PAPER
- DS 46: BRAZIL — EXPORT FINANCING PROGRAMME FOR AIRCRAFT
- DS 50: INDIA — PATENT PROTECTION FOR PHARMACEUTICAL AND AGRICULTURAL CHEMICAL PRODUCTS
- DS 52: BRAZIL — CERTAIN MEASURES AFFECTING TRADE AND INVESTMENT IN THE AUTOMOTIVE SECTOR
- DS 58: UNITED STATES — IMPORT PROHIBITION OF CERTAIN SHRIMP AND SHRIMP PRODUCTS

- DS 60: GUATEMALA — ANTI-DUMPING INVESTIGATION REGARDING PORTLAND CEMENT FROM MEXICO
- DS 70: CANADA — MEASURES AFFECTING THE EXPORT OF CIVILIAN AIRCRAFT
- DS 76: JAPAN — MEASURES AFFECTING AGRICULTURAL PRODUCTS
- DS 79: INDIA — PATENT PROTECTION FOR PHARMACEUTICAL AND AGRICULTURAL CHEMICAL PRODUCTS
- DS 89: UNITED STATES — ANTI-DUMPING DUTIES ON IMPORTS OF COLOUR TELEVISION RECEIVERS FROM KOREA
- DS 90: INDIA — QUANTITATIVE RESTRICTIONS ON IMPORTS OF AGRICULTURAL, TEXTILE AND INDUSTRIAL PRODUCTS
- DS 103: CANADA — MEASURES AFFECTING THE IMPORTATION OF MILK AND THE EXPORTATION OF DAIRY PRODUCTS
- DS 113: CANADA — MEASURES AFFECTING DAIRY EXPORTS
- DS 114: CANADA — PATENT PROTECTION OF PHARMACEUTICAL PRODUCTS
- DS 132: MEXICO — ANTI-DUMPING INVESTIGATION OF HIGH-FRUCTOSE CORN SYRUP (HFCS) FROM THE UNITED STATES
- DS 135: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING ASBESTOS AND PRODUCTS CONTAINING ASBESTOS
- DS 174: EUROPEAN COMMUNITIES — PROTECTION OF TRADEMARKS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS FOR AGRICULTURAL PRODUCTS AND FOODSTUFFS
- DS 176: UNITED STATES — SECTION 211 OMNIBUS APPROPRIATIONS ACT OF 1998
- DS 236: UNITED STATES — PRELIMINARY DETERMINATIONS WITH RESPECT TO CERTAIN SOFTWOOD LUMBER FROM CANADA
- DS 245: JAPAN — MEASURES AFFECTING THE IMPORTATION OF APPLES
- DS 246: EUROPEAN COMMUNITIES — CONDITIONS FOR THE GRANTING OF TARIFF PREFERENCES TO DEVELOPING COUNTRIES
- DS 290: EUROPEAN COMMUNITIES — PROTECTION OF TRADEMARKS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS FOR AGRICULTURAL PRODUCTS

AND FOODSTUFFS

▪ DS 291: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS

▪ DS 292: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS

▪ DS 293: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS

▪ DS 308: MEXICO — TAX MEASURES ON SOFT DRINKS AND OTHER BEVERAGES

▪ DS 315: EUROPEAN COMMUNITIES — SELECTED CUSTOMS MATTERS

▪ DS 320: UNITED STATES — CONTINUED SUSPENSION OF OBLIGATIONS IN THE EC — HORMONES DISPUTE

▪ DS 321: CANADA — CONTINUED SUSPENSION OF OBLIGATIONS IN THE EC — HORMONES DISPUTE

▪ DS 332: BRAZIL — MEASURES AFFECTING IMPORTS OF RETREADED TYRES

▪ DS 351: CHILE — PROVISIONAL SAFEGUARD MEASURE ON CERTAIN MILK PRODUCTS

▪ DS 362: CHINA — MEASURES AFFECTING THE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

▪ DS 386: UNITED STATES OF AMERICA — CERTAIN COUNTRY OF ORIGIN LABELLING REQUIREMENTS

▪ DS 389: EUROPEAN COMMUNITIES — CERTAIN MEASURES AFFECTING POULTRY MEAT AND POULTRY MEAT PRODUCTS FROM THE UNITED STATES

▪ DS 391: KOREA, REPUBLIC OF — MEASURES AFFECTING THE IMPORTATION OF BOVINE MEAT AND MEAT PRODUCTS FROM CANADA

▪ DS 406: UNITED STATES OF AMERICA — MEASURES AFFECTING THE PRODUCTION AND SALE OF CLOVE CIGARETTES

O principal caso envolvendo a questão dos Direitos Humanos é o EUROPEAN COMMUNITIES: MEASURES AFFECTING ASBESTOS AND

ASBESTOS-CONTAINING PRODUCTS – Caso concernente aos produtos feitos com Amianto.

O argumento principal utilizado foi o previsto no Artigo XX, alínea “b”, do GATT-47, segundo a qual poderiam ser aplicadas medidas restritivas a produtos que prejudicassem a saúde e vida das pessoas. Neste julgamento, o Órgão de Solução de Controvérsia afirmou que

> o Artigo XX (b) seria privado de seu *effet utile* se suas disposições não servissem para permitir a um Membro ‘adotar e implementar medidas necessárias à proteção humana, à vida ou saúde’. No caso, o objetivo buscado pela medida é a preservação da vida humana e da saúde através da eliminação ou redução [...] de asbestos (sic). O valor buscado é tão vital quanto importante no mais alto nível. A questão pendente, então, é se há uma medida alternativa que alcance o mesmo resultado final e que seja menos restritiva ao comércio do que a proibição” (COSTA, 2013).

A decisão final do OSC foi no sentido de que a “avaliação dos evidentes riscos à saúde oriundos das propriedades físicas do produto permite que uma medida inconsistente com o Artigo III:4 seja justificada pelo Artigo XX (b)” (COSTA, 2013).

Diante disso, embora não se possa defender uma universalização dos direitos humanos na OMC, o Órgão de Solução de Controvérsias tem dado decisões no sentido de proteger, ainda que minimamente, direitos básicos da população.

Assim, a tendência é que as discussões futuras levadas à OMC deixem de ser meramente comerciais para atender aos anseios dos direitos humanos, dado que normas de direitos humanos devem ser vistas como normas de aplicação *jus cogens*. Petersmann afirma que “(…) The general obligation to promote human rights, and the existence of certain core human rights (such as prohibition of slavery and torture) are today recognized as *ius cogens* in international law[55]” (PETERSMANN, 2001. p. 4).

CONCLUSÃO

Diante a importância de não se descumprir as regras previstas nos princípios da Cláusula da Nação Mais Favorecida e na do Tratamento Nacional,

[55] Tradução livre: ´ A obrigação geral de promover os direitos humanos, bem como a existência de determinados direitos humanos fundamentais (como a proibição da escravidão e tortura) são reconhecidos hoje como normas ius cogens de direito internacional.”.

aplicar medidas restritivas ao comércio com base em alegações comprovadas de desrespeito às regras internacionais de Direitos Humanos somente são admissíveis se previstas nos artigos XX do GATT-47, absorvido pela OMC, e no Artigo XIV do GATS – Acordo Geral Sobre Comércio de Serviços.

Das 458 disputas submetidas ao Órgão de Solução de Controversas da OMC, no período de 1995 a maio de 2013, apenas 41 envolveram questões de diretos humanos e/ou as exceções previstas nos Artigos XX do GATT-47 e XIV do GATS. O principal caso envolvendo a questão dos Direitos Humanos é o EUROPEAN COMMUNITIES: MEASURES AFFECTING ASBESTOS AND ASBESTOS-CONTAINING PRODUCTS – Caso concernente aos produtos feitos com Amianto e derivados.

A quantidade de casos envolvendo questões de direitos humanos não equivalem a 9% dos casos levados ao Órgão de Solução de Controvérsias, mas o Órgão tem dado decisões no sentido de proteger, ainda que minimamente, direitos básicos da população. Não há ainda que se falar em uma universalização dos direitos humanos na OMC, mas a tendência é que as discussões futuras levadas à OMC deixem de ser meramente comerciais para atender aos anseios dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wilson; COLARES, Jeane Carvalho de Araújo; SANTANA, Hadassah Laís de Sousa. **Padrões Trabalhistas em Tratados de Comércio Internacional: uma barreira aos países em desenvolvimento ou avanço na proteção da dignidade da pessoa humana?** Disponibilizado pela autora, em: 6 abr. 2014.

BOSSCHE, Peter van Den; ZDOUC, Werner. **The Law and Policy of the World Trade Organization.** 3. ed. Cambrigde: Cambrigde University Press, 2013. 1045 p.

CRITELLA NETO, José. **Direito Processual na Organização Mundial do Comércio – Casuística de interesse para o Brasil**. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

COSTA, Ligia Maura. Os Direitos Humanos no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC: Demolindo Obstáculos e Construindo Pontes. **Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos,** Natal, v. 1, n. 1, p.77-99, 1 jul. 2013.

MARCEAU, Gabrielle. WTO Dispute Settlement and Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 13, n. 4, 2002, p. 753-814.

ORGANIZAÇÃO Mundial do Comércio: acordos. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366>. Acesso em: 15 abr. 2014.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho: acordos. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em 15 abr. 2014.

PETERSMANN, Ernest-Ulrich. The WTO Constitutions and Human Rights. **Journal Of International Economic Law,** Oxford, p.19-25, 2000

________ Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: the need to clarify their relationships. **Journal of International Economic Law**, v.4, n. 1, 2001, p. 3-39

________ Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice. **The European Journal of International Law,** Oxford, v. 19, n. 4, p.769-798, 2008.

PICCIOTTO, Salomone. The WTO as a Node of Global Governance: Economic Regulation and Human Rights Discourses. **Law, Social Justice & Global Development Journal,** Lancaster University, p.1-27, 6 dez. 2007.

THORTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio**. 2ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

TREBILCOOK, Michael; HOWSE, Robert and ELIASON, Antonia. **The regulation of International Trade**. 4ed. Nova York: Routledge, 2013.

A CONTROVÉRSIA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE POR DIFERENTES INSTÂNCIAS NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL: O CASO DOS PNEUS REFORMADOS

Luiza Lourdes Pinheiro Leal Nunes Ferreira[56]

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial do Comércio – OMC, estruturada a partir do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT, é hoje a organização internacional que atua na regulamentação do comércio internacional, soluciona conflitos entre Estados-membros e fornece estrutura para negociação e formalização de acordos comerciais.

Ao longo do desenvolvimento da humanidade o comércio sempre foi e continua sendo a mola propulsora do desenvolvimento e mantém estreita relação com o meio ambiente, tendo em vista que os recursos naturais sejam aqueles induzidos, materiais ou imateriais são interdependentes. Comércio e meio ambiente raramente caminharam juntos e seus caminhos poucas vezes se cruzam com a finalidade da preservação ambiental.

Enquanto o comércio se realiza sob um arcabouço jurídico normativo amplo e vinculante, e conte com a OMC como instância jurídica de solução de controvérsias para seus membros, o meio ambiente frente ao comércio, aparece fragilizado, à falta de normas internacionais rígidas e obrigatórias.

Como sucessora do GATT a OMC não é fórum de questões ambientais, e muitas vezes as regras da OMC aparecem em confronto direto com as convenções internacionais do meio ambiente. Nesses conflitos, as regras de direito econômico internacional se sobrepõem, e por vezes anula o valor das normas ambientais. Muito embora haja um número considerável de tratados internacionais sobre a proteção do meio ambiente, que proliferou desde a o direito ao meio ambiente sadio foi alçado à categoria de direitos fundamentais, ainda assim restam situações em que o meio

---

[56] Especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Estudos Empresariais e Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Membro do Projeto de Pesquisa e Observatório de Efetivação de Ações em Prol dos Direitos Humanos Fundamentais da Universidade Católica de Brasília.

ambiente é colocado em plano secundário e o comércio, mais precisamente o internacional, colocado em situação privilegiada.

Necessário lembrar que o artigo XX do GATT reconhece e estabelece tratamento diferenciado ao meio ambiente, que algumas vezes, o órgão de solução de controvérsias da OMC já teve a oportunidade de aplicar, em casos levados a serem dirimidos. Importante ainda destacar, que esse mesmo artigo contém duas *alíneas* que precisam ser examinadas com extremo cuidado e analisadas caso a caso. Por vezes casos levados à consideração da OMC trazem facetas disfarçadas tentando colocar o meio ambiente como ator principal, quando na verdade se está a advogar um privilégio comercial.

O Brasil como Estado membro da OMC, também faz parte do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, e dessa forma, se submete às regras provenientes desses dois organismos internacionais. Em decorrência da Portaria SECEX nº 08/00, o Brasil proibiu a importação de pneumáticos usados e recauchutados. Em virtude dessa proibição, o caso foi a julgamento pelo Tribunal *ad hoc* do Mercosul, por meio de denúncia da República Oriental do Uruguai, que se sentiu prejudicada com a referida proibição, alegando desrespeito aos tratados assinados no âmbito daquele mercado comum. Posteriormente, a posição do Brasil foi contestada junto à OMC pela União Europeia, que questionou a posição do Brasil em manter a proibição de importação de pneumáticos usados em relação à outros Estados.

Dessa maneira, o trabalho delimitou-se ao estudo das decisões da OMC, em caso que envolva diretamente o meio ambiente, especificamente ao caso da proibição de importação de pneumáticos usados perante a OMC, e as consequências advindas da decisão emanada pelo órgão de solução de controvérsia desse organismo internacional.

Nesse sentido objetivou-se descrever o processo de decisão em cada um desses organismos internacionais, mais precisamente sobre a decisão da OMC, emanada pelo órgão de solução de controvérsia que levou o Brasil a acatar a decisão e reformular sua política de proibição de importação de pneumáticos usados.

1. MEIO AMBIENTE E COMÉRCIO INTERNACIONAL

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado foi alçado à categoria de direito fundamental a partir da década de 70, na Conferência de Estocolmo. Esse marco desencadeou uma maior preocupação com os recursos naturais e proliferou uma normatização doméstica, no âmbito territorial dos Estados e aumentou a quantidade de tratados internacionais onde o meio ambiente era´o núcleo.

Apesar de toda essa expansão, a proteção ambiental carece de posição mais rígida frente a esses acordos, tendo em vista que o comércio internacional, ligado diretamente aos recursos naturais que deve ser protegido, tem se sobrepujado vigorosamente, em virtude de um maior arcabouço jurídico vinculante.

A partir da Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a RIO/92, nas palavras de AMARAL JUNIOR (2011, p. 14) se almeja o equilíbrio nem sempre fácil entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente, já que a persistência da pobreza e os efeitos que dela derivam ameaçam seriamente a integridade dos ecossistemas naturais.

Essa é uma das grandes dificuldades na preservação ambiental. Os interesses dos Estados são antagônicos em várias questões. A pobreza de determinados países subdesenvolvidos, refletem a posição de que querem ter acesso as utilidades produzidas a partir dos recursos naturais que possuem, e não estão dispostos a abrir mão delas, em função das nações desenvolvidas que já se utilizaram desses mesmos recursos naturais para produzirem suas riquezas, e que estaria a frente de exigir certos sacrifícios dos menos desenvolvidos na proteção das riquezas naturais.

Na mesma direção surgem as organizações internacionais de proteção ambiental, que reforçam o entendimento de que o comércio tem sempre um viés danoso ao meio ambiente, e que a liberalização do comércio internacional tem normas rígidas para as relações comerciais, mas que em relação ao meio ambiente, as normas são insuficientes para lhe garantir a proteção necessária.

O comércio internacional tem suas políticas fincadas em dois mastros determinantes: o livre comércio e o protecionismo. Se por um lado o livre comércio significa a não restrição ao fluxo de capital, bens e serviços entre os Estados, e que a liberalização do comércio significa distribuir riquezas; o protecionismo se manifesta na imposição de barreiras, sejam tarifárias ou não tarifárias além de outros entraves,

sob a ótica de que não há distribuição de riquezas sem que os Estados imponham certas barreiras na intenção de proteger seu produto nacional.

Por outro lado, para alimentar o comércio, aparecem os recurso naturais que são explorados cada vez mais para a produção da riqueza, em virtude do aumento do consumo que afetam, consideravelmente, o esgotamento desses recursos e degradam os ecossistemas. Vale dizer que o comércio internacional e o desenvolvimento têm estreita relação com os problemas de preservação ambiental.

Essa perspectiva integrativa entre comércio e meio ambiente deve ser pautada no uso racional dos recursos ambientais que de forma associada objetivam o desenvolvimento econômico a melhor qualidade de vida, que fundamenta o desenvolvimento sustentável.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Os impactos negativos sobre o meio ambiente advindo da revolução industrial foram de certa forma, absorvidos ao longo do tempo. Mas no pós-guerra, com a explosão demográfica e industrial, os problemas ambientais começaram a surgir e despertar uma consciência ambiental no seio dos Estados e da sociedade.

No entender de ALMEIDA at al (1999, p. 24)

> Os problemas ambientais daí decorrentes passaram a exigir das sociedades humanas um ordenamento de suas ações procurando buscar um equilíbrio entre a satisfação de suas necessidades e a capacidade do planeta de sustentar a vida em todos os níveis.

Começam a surgir problemas ambientais que despertam para a urgência de tomada de posição em relação à utilização dos recursos ambientais de forma desorientada.

Os estudos que a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, chefiada pela Primeira Ministra da Noruega Gro Herlem Brundtland desenvolveu, resultou no Relatório Brundtland[57], publicado em 1987, que definiu como desenvolvimento sustentável aquele que atende as necessidades do

---

[57] Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum.* 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.
O documento final desses estudos chamou-se "Nosso Futuro Comum" ou Relatório Brundtland, publicado em 1987, onde enfatizou problemas ambientais e como também apresentou rol de ações que os Estados deveriam efetivar.

presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas necessidades. Na visão do relatório, desenvolvimento sustentável não significa uma harmonia inerte, mas sim um estado de mudança contínuo, onde a exploração de recursos naturais, associado ao gerenciamento dos investimentos e às inovações tecnológicas é compatível com as necessidades das gerações futuras.

Embora denote um conceito ambíguo, desenvolvimento sustentável infere-se dentro de um contexto de direito e dever. O direito de usufruir dos recursos naturais para atender suas necessidades de desenvolvimento e o de assegurar o dever de cuidar desses mesmos recursos que oferece utilidades econômicas.

Essa indeterminação conceitual se traduz nas palavras de AMARAL JUNIOR (2011, p. 69) de forma clara, ao relatar que o "desenvolvimento sustentável indica uma direção geral a ser seguida, mesmo que não forneça um guia específico para situações particulares".

Desta forma, a inexatidão do conceito dá azo as mais variadas interpretações em relação a se obter um equilíbrio entre se extrair os recursos naturais disponíveis, e a conservação e cuidado com esses mesmos recursos através de políticas públicas efetivas e consciência social.

Ademais, mero conceito não se traduz em segurança de se obter um meio ambiente seguro, sadio e equilibrado. É muito mais interessante que todos entendam que somos responsáveis não só pelas gerações presentes assim como pelas futuras, assim como pela vida respirável do planeta.

3. A OMC E O MEIO AMBIENTE

A OMC é organismo internacional que sucedeu o GATT, cujo objetivo é garantir a eficácia de acordos comerciais entre Estados-membros.

A esse respeito VALÉRIO (2009, p. 217) entende que

> A OMC é um pacote de normas destinadas a manutenção e a promoção do equilíbrio econômico e comercial mundial. Essas normas representam o intuito de não se permitir o regresso a uma realidade anterior em que as relações mercantis se davm de forma desordenada e desregrada. Assim, o surgimento da OMC consolida o sistema multilateral de comércio, que começou a ser instituído pelo GATT.

Nesse cenário, a OMC surgiu na esteira da necessidade de ordenar as relações comerciais entre países, liberalizando o comércio internacional, e ao mesmo tempo impondo regras claras entre seus membros.

A quase totalidade dos Estados soberanos é signatária dos Acordos da OMC, o que lhe confere efetividade e determinação em suas decisões. Muito embora apareça como o organismo internacional da liberalização do comércio internacional, é de se afirmar que também é fórum de discussão e negociação de acordos entre seus membros, além de ter, na sua estrutura, órgão de solução de controvérsia que constitui instrumento eficaz dirimir impasses comerciais.

A estrutura a OMC contempla a Conferência Ministerial, que é composta de todos os Estados membros, e é órgão máximo de deliberação da organização; o Conselho Geral, que é órgão permanente de negociações internacionais; o órgão de Revisão de Políticas Comerciais, que analisa as políticas comerciais adotadas pelos Estados membros; órgão de Solução de Controvérsias que tem como finalidade dirimir conflitos entre os Estados membros. Sua estrutura também é dotada de uma Secretaria.

Para se entender sua organização normativa, necessário se fazer menção aos acordos multilaterais e plurilaterais. Os primeiros são acordos anexos aos Acordos constitutivos da OMC e vinculam todos os Estados membros que aderem ao Tratado de Marraqueche, os segundos são de adesão voluntária, que resultaram em acordos com baixo número de signatários, atualmente em número de quatro (Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis, Acordo sobre contratação Pública, Acordo Internacional sobre Produtos Lácteos e Acordo Internacional de Carne Bovina).

Como no âmbito da OMC o órgão de solução de controvérsias tem papel de destaque, princípios são utilizados pelo sistema do comércio internacional para dirimir diferenças entre membros.

O princípio da igualdade é vigente para todos, não se leva em conta se determinado Estado é desenvolvido ou em desenvolvimento, se a economia é pujante ou incipiente.

O princípio da nação mais favorecida não comporta privilégios em relação a alguns. Muito pelo contrário, vantagens, imunidades, privilégios dados a um parceiro comercial, deve se estendido a todos os membros da OMC. Vale salientar

que a este princípio comportam duas exceções, quais sejam: as decorrentes de acordos regionais e as que concedem tratamento especial aos países em desenvolvimento. Cabe frisar, que países em desenvolvimento são aqueles que se intitulam como tal.

No que diz respeito ao princípio do tratamento nacional, se estabelece que o um determinado produto importado deva receber o mesmo tratamento que é dado ao produto nacional. Já o princípio da não discriminação impede que os produtos importados sejam taxados em valores superiores aos seus similares internos.

Levando-se em consideração o comércio internacional e sua importância no desenvolvimento econômico mundial, a questão ambiental não poderia ser colocada de lado, e muito menos passar despercebida pela OMC, mesmo porque a questão ambiental diz respeito à sobrevivência do planeta e das futuras gerações.

Nos acordos comerciais o meio ambiente não é inteiramente descartado, normas comerciais domésticas e internacionais levam em conta a questão ambiental. Mas não há como negar que há uma preponderância das normas comerciais sobre as normas ambientais, quando aparecem conflitantes.

Para melhor esclarecer, é lúcida a lição de VARELLA (2004, p. 255)

> [...] o direito internacional econômico, representado pelas regras da OMC, apresenta uma lógica própria que está, em muitas ocasiões, em contradição com a lógica de certas convenções internacionais sobre o meio ambiente. No caso de conflito entre essas normas, o direito internacional econômico prepondera e anula o valor das normas ambientais.

Mesmo com relativa eficácia em contraposição as normas comerciais, se pode afirmar que as normas ambientais aos poucos vão sendo levadas em consideração em determinadas situações.

Como já dito anteriormente que a OMC não é fórum de discussão de meio ambiente nas questões ambientais, gradualmente elas estão sendo incorporadas tendo em vista o artigo XX do GATT, tendo sido inclusive algumas vezes aplicado, pelo Órgão de Solução de Controvérsia da OMC.

O artigo XX do GATT[58] que trata das exceções gerais prevê nas alíneas "b" e "g" um claro reconhecimento à proteção ambiental. A alínea "b" determina que haja exceção desde que "necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas, dos animais ou à preservação dos vegetais". A que se atentar que necessário se faz uma dupla demonstração. Que haja um nexo de casualidade entre a medida tomada e a proteção que se quer alcançar, e ainda que a medida seja necessária.

A alínea "g" do mesmo artigo estatui que "relacionando-se a conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas são aplicadas conjuntamente com as restrições à produção ou ao consumo nacional". Há de se interpretar que a medida deve ser útil ao meio ambiente, mais precisamente à conservação desses recursos esgotáveis.

É nítido que as duas alíneas do artigo XX do GATT determinam que a questão ambiental se insira nas decisões da OMC para o livre comércio.

Com o intuito de proteger a vida e a saúde humana, e de certa forma o meio ambiente como um todo, as barreiras não tarifárias são legítimas, se tiver o escopo da proteção, sem que haja qualquer disfarce na proteção ao mercado interno. Essas barreiras quando impostos, não podem ter o condão de limitar o livre comércio, sem que tenha um elo com a proteção do meio ambiente.

Nesse sentido SILVEIRA e JOSLIN (2009) esclarecem que "é possível se verificar duas categorias de obstáculos de acesso a mercado de bens ou mercadorias no âmbito da OMC, quais sejam: (i) tarifas aduaneiras e (ii) restrições não tarifárias". Essas barreiras não tarifárias, regra geral, são quantitativas, sanitárias, fitossanitária, ambientais, técnicas, dentre outras, que não podem se transformar em discriminação arbitrária nem em protecionismo.

No que tange ao meio ambiente, as exigências que tenham como restrições as questões relativas ao artigo XX do GATT e as alíneas "b" e "g", surgem como espaço à medidas restritivas ao comércio internacional, mas não podem se transformar em protecionismo.

Essas exigências ambientais desembarcam no Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) e no Acordo sobre a Aplicação de Medidas Fitossanitárias (SPS). O TBT estabelece que normas técnicas não devam ser mais

---

[58] *General Agreement on Tariffs and Trade* ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, foi estabelecido em 1947, visando harmonizar as tarifas aduaneiras dos Estados signatários, é a base da criação da Organização Mundial do Comércio – OMC.

restritivas ao comércio do que o necessário para alcançar os fins de segurança nacional, proteção à saúde e vida, ao meio ambiente, e que para averiguar essas medidas, informações técnicas e científicas disponíveis serão utilizadas. No que tange ao SPS, é legitimada as exceções que tenham por finalidade a proteção à vida e a saúde humana, animal e vegetal. Sobre o SPS FIRMINO e FONSECA (p. 41) ensinam que “o acordo tem o objetivo de impedir que os países emitam medidas de forma discricionária, com o intuito de criar barreiras ao comércio, pois estabelece que sejam atestadas cientificamente a necessidade de adotar ou manter tal medida”. Assim, mesmo a questão ambiental estando presente em determinada medida, esta não pode ser utilizada de forma leviana, com a finalidade de restrição comercial.

No intuito de proteger seu produto doméstico, alguns Estados, em seu arcabouço normativo interno acabam por imaginar fórmulas cada vez mais sofisticadas com o objetivo de proteger a indústria nacional. O que vai de encontro com o regulamento normativo de livre comércio da OMC, e por vezes ferem os Acordos TBT e SPS que permitem alguma proteção, mas de forma transparente.

Com a questão ambiental sendo protagonista de vários acordos ambientais entre Estados, esses são vistos de maneira salutar pela OMC, mas ao mesmo tempo, são interpretados conforme as regras do comercio internacional.

Para melhor elucidar a questão das barreiras ambientais FERNANDES (2011, p. 53) entende

> [...] a OMC tem a preocupação com tais acordos domésticos, já que acabam promovendo reflexos transfronteiras e atingindo os interesses internacionais. Por esse motivo, preza-se pela cooperação e padronização, tanto na aplicação do artigo XX do GATT, quanto nos acordos SPS (Acordo Sobre a Aplicação de Medidas Fitossanitárias) e TBT (Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio), já que, estes trazem uma parcela de equilíbrio entre o direito do país de impor a medida e a necessidade de levar-se em conta as dificuldades de sua implementação por parte dos parceiros exportadores.

Assim, um acordo feito em bloco ou mesmo bilateral que vise a proteção ambiental, a saúde ou vida da pessoal humana, animal ou vegetal, pode acabar por influenciar internacionalmente o mercado. De certa forma, há uma nítida preocupação com a questão ambiental, embora não seja, a proteção do meio ambiente, fator determinante nas relações comerciais internacionais.

4. O CASO DOS PNEUS REFORMADOS

O caso dos pneus reformados envolvendo o Brasil e o Uruguai é exemplo de conflito existente entre o livre comércio e o meio ambiente.

No núcleo da questão estava a Portaria nº 08/2000 – SECEX, que proibia a concessão de licença para a importação de pneus usados e recauchutados.

Como país integrante do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, o Brasil foi denunciado pelo Uruguai em janeiro de 2002, sobre a proibição da importação de pneus usados e recauchutados. O Uruguai alegou que a proibição era incompatível com o livre comércio do MERCOSUL, que feria o princípio da boa-fé, e colocava em declínio um comércio estável entre os dois países. Em seu pedido, requereu a nulidade de todas as medidas adotadas em relação a esta restrição, e que fosse liberado o comércio de pneus entre os países do bloco.

Em sua defesa o Brasil argumentou que a vedação às importações se restringia a pneus usados, portanto, pneu remodelado é usado. Concluiu sua defesa invocando que a Argentina também estabelecia vedação à importação de pneus usados, e que a Portaria, objeto da demanda, era compatível com a decisão nº 22/00 do Conselho do Mercosul – CMC.[59]

O Tribunal Arbitral Ad hoc do MERCOSUL chamado a se pronunciar, manteve inalterada sua postura neoliberal, e confirmou que qualquer medida que obstrua o livre comércio entre os Estados Membros é incompatível com o mercado comum.

Necessário lembrar, que antes da Portaria 08/00, havia sido editada a Portaria 18/91, que já proibia a importação de bens de consumo usados, o que se aplicava aos pneus usados e recauchutados. No período de vigência da respectiva Portaria, o CONANA[60] publicou a Resolução nº 258/99, que responsabilizava os fabricantes e importadores de pneumáticos usados, por seu destino final. Em outras palavras, a concessão de licença para a importação desses pneus estava condicionada à prova de eliminação de determinada quantidade de pneus inservíveis. Mas o Brasil não usou esse argumento ambiental e sanitário em seu favor quando da defesa junto ao Tribunal Arbitral Ad hoc do MERCOSUL.

---

[59] A decisão nº 22/00 do Conselho do Mercado Comum – CMC estabelece que os Estados Membros não podem não podem adotar medidas que restringem o comércio entre eles.

[60] Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONANA

Em virtude da decisão do Tribunal Arbitral, que decidiu baseado somente na questão comercial e econômica, tendo em vista que a questão ambiental não foi levantada em sua defesa, o Brasil foi obrigado a rever sua posição em relação às importações de pneus usados originários do Uruguai. Mas continuou com a mesma política, de vedação da importação de pneus usados e recauchutados proveniente de outros países, que não sejam do MERCOSUL.

Após decisão do Tribunal Arbitral Ad hoc, em 2003, a União Europeia apresentou na OMC demanda contra o Brasil, em face da proibição da importação de pneus usados e recauchutados. Essa proibição foi considerada pela União Europeia como medida restritiva ao livre comércio, e claramente discriminatória, com o fito de proteger o mercado interno. Não havendo conciliação entre as partes, a União Europeia requereu que fosse aberta uma consulta, tendo sido constituído um Grupo Especial para se manifestar sobre o caso.

Diferentemente do que aconteceu com sua defesa no caso perante o Tribunal Arbitral Ad hoc do Mercosul, o Brasil alegou em sua defesa que a vedação instituída sobre a importação de pneus usados e recauchutados se baseava no artigo XX, alínea “b” do GATT, como forma de preservar o meio ambiente e evitar riscos à proliferação de doenças, que era uma ameaça à vida e saúde humana.

O Grupo Especial entendeu as razões do Brasil e entendeu que as medidas se justificavam, não sendo medidas discriminatórias disfarçadas. A União Europeia não concordando com o Parecer intentou com apelação, que restou relatada pelo Órgão de Apelação, cujo relatório foi acolhido pelo Órgão de Solução de Controvérsia da OMC.

O relatório do Grupo Especial foi de fundamental importância para o Brasil, porque acolheu que as provas juntadas pelo Brasil, que comprovaram que os pneus inutilizados poderiam, de forma efetiva, contribuir para a proliferação de doenças, e que as medidas impostas tinham a finalidade sanitária e específica de proteção à saúde e a vida.

Nesse ínterim, aqueles importadores de pneus usados e recauchutados que se viam impedido de importar, impetraram ações com pedidos de medida de liminar para continuarem a ter o direito de importar pneus usados, o que foi largamente concedido.

Por sua vez, o Governo brasileiro intentou a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 101-3/DF, onde requeria a declaração de inconstitucionalidade das liminares autorizativas de importação de pneumáticos usados ou recauchutados concedidas pelos Tribunais de primeira instância.

Em seu extenso voto a Relatora Ministra Carmen Lúcia[61] enfatizou que

> Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remodelados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e IV e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil.

No julgamento perante o STF restou reconhecida a importância da medida de proibição de importação de pneus usados e recauchutados declarando válidas constitucionalmente todas as Portarias cujo objeto era a vedação de importação desses tipos de pneus e declarou inconstitucional todas as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, com efeito *ex tunc,* afastando suas aplicações.

Dessa maneira a OMC reconheceu que no caso do Brasil as decisões de vedar as importações de pneus usados e recauchutados foram medidas inteiramente amparadas pelo artigo XX do GATT, alínea “b”, como forma de preservar o meio ambiente e a vida e a saúde humanas.

Atualmente o Brasil não concede tratamento diferenciado para nenhum país no que tange a importação de pneus usados ou recauchutados, restando definitivamente proibidas essas importações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A OMC estruturada a partir das diretrizes do GATT é organismo internacional, palco de negociações sobre comércio internacional e avalista de uma política firme, transparente e garantidora da liberalização do comércio internacional. Sua conduta tem sido pautada em princípios como o da igualdade, da nação mais favorecida e princípios dos tratamento nacional, dentre outros, mas estes aqui

---

[61] ADPF – 101-3/DF – Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 11/03/2009. Informativo 538. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 23/04/2014.

citados têm relevância significativa quando da solução de controvérsia entre países membros.

Ainda assim, em seus Acordos há exceções, como no caso do artigo XX, alíneas “b” e “g” do GATT. Essas exceções são possíveis sempre que algum país utiliza alguma barreira não tarifária ou mesmo técnica, vista como discriminação em seu comércio com outros países, mas a conduta é pautada pela orientação na preservação da saúde e vida humanas ou na preservação ambiental.

O Brasil faz parte da OMS e também do bloco regional do Mercado Comum do sul - MERCOSUL, estando assim, obrigado por tratados internacionais, às regras de seus estatutos. Assim como a OMC pauta pela liberalização do comércio, as regras do Mercosul também não foge a essas orientações.

No caso dos pneus usados e recauchutados o Brasil se viu numa encruzilhada. De um lado normas internas proibiam a importação de pneus usados ou recauchutados, contestadas pelo Estado arte Uruguai como medida impedidora do livre comércio, orientação contrária aos objetivos do Mercosul. Enquanto a medida era decidida em Tribunal Arbitral do Mercosul, ações cautelares proliferavam e liminares eram concedidas aos importadores.

Perante o Tribunal Arbitral e defesa do Brasil foi meramente comercial, não deixando espaço para que a decisão do Tribunal não fosse outra, que não econômica. Com a decisão desfavorável aos interesses do Brasil, a política comercial flexibilizou as importações para os Estados Partes do Mercosul, mas continuou com a proibição aos outros países. Em virtude desse posicionamento a União Europeia contestou perante a OMC a política externa comercial brasileira. Nesse segundo julgamento a defesa brasileira se pautou pelas exceções previstas no artigo XX, alínea “b” do GATT, o que lhe concedeu uma decisão favorável.

O direito ao desenvolvimento sustentável é hoje uma primícia que vai muito além do desenvolvimento econômico. Ao lado da liberalização do comércio internacional, a preservação da saúde e da vida humana está acima de interesses econômicos e do acumulo de riquezas, a base do capitalismo. A conjugação desses dois fatores é indissociável e devem estar em perfeita harmonia quando surgem barreiras não tarifárias que impedem o livre comércio.

Como corroborado ao longo do trabalho, a decisão interna do Brasil em proibir a importação de pneus usados e recauchutados foi de cunho sanitário, com a

finalidade de preservar a vida e saúde humana, sem esquecer o viés fundamental da preservação ambiental, ligado intrinsicamente ao comércio internacional.

No que pese o caso ter sido levado ao Tribunal Arbitral e ao Órgão de Solução de Controvérsia da OMC, ficou pacificado o entendimento sobre o objetivo final da medida, e que esta medida foi compatível com a finalidade a que se propunha. Há de se ressaltar que o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo supremo Tribunal Federal, deixou clara a posição do Brasil na proteção ambiental frente ao comércio internacional. Liberalização do comércio sim, conjugado com a preservação do direito à vida, à saúde e a um meio ambiente sadio e equilibrado.

O presente trabalho confirma o entendimento de que a OMC não só como organismo que impõe regras de liberalização do comércio internacional, mas também como fórum de negociação comercial, sabe antever e interpretar medidas tidas como exceções ao comércio internacional plenamente justificáveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. Ribeiro. et al. *Planejamento Ambiental: caminho para a participação popular e gestão, um desafio.* Rio de Janeiro: Editora Estácio de Sá. 1999.

AMARAL Júnior, Alberto. *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente.* Ed. Atlas, São Paulo: 2011.

BRASIL. ADPF – 101-3-DF – *Relatora Ministra Carmen Lúcia.* Julgamento em 11/03/2009. Informativo 538. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 23/04/2014.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum.* 2ª ed. Rio de Janeiro: fundação Getúlio Vargas, 1991.

FERNANDES, Rogério Mendes. *A Regulação da Proteção Ambiental na Organização mundial do Comércio.* Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Brasília. Brasília: 2011.

FIRMINO, Rafaelle Gomes. FONSECA, Márcia Batista. *Uma Discussão da Questão Ambiental no Comércio Internacional.* Revista de Administração, Contabilidade e Sustentabilidade. Universidade Federal de Campina Grande. v. 1, nº 2.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira. JOSLIN, Érica Barbosa. *Comércio Internacional e Meio Ambiente na Perspectiva do Estado Constitucional Cooperativo.* Disponível em http://jus.com.br/artigos/14732. Acesso em 23/04/2014.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumeri. *Organização mundial do Comércio: novo ator na esfera internacional.* Revista de Informação Legislativa. nº 184, out/dez. Brasília: Senado Federal, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental.* Del Rey, Belo Horizonte: 2004.

EDUCAÇÃO: DIREITO (DE QUEM?) E/OU OBRIGAÇÃO (DE QUEM?)

Hudson Couto Ferreira de Freitas[62]

INTRODUÇÃO

No presente artigo pretende-se fazer um breve estudo sobre o Direito à Educação, trazido pelo texto Constitucional como sendo um Direito Fundamental.

Por meio, num primeiro momento, de um levantamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, perceber-se-á que a Educação tem sido considerada como obrigatória, no sentido de que, por um lado, o Estado tem o dever de fornecer ensino gratuito e de qualidade para todos e, de outro, que os pais ou responsáveis são obrigados a matricularem e manterem seus filhos/pupilos nas escolas, públicas ou privadas, que forneçam os serviços de educação básica[63].

Atualmente, a obrigatoriedade estaria para crianças de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos, no ensino fundamental e dos 15 (quinze) aos 17 (dezessete), no ensino médio. Mas a obrigatoriedade também alcançará, a partir de 2016, as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco anos), no chamado ensino infantil, quando entram em vigor as alterações à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei n. 9.394/96) trazidas pela lei n. 12.796/13[64]. Essa lei, por sua vez, veio para regulamentar a Emenda Constitucional n. 59 de 2009, que alterou, dentre outros, o inciso I do art. 208 passando a asseverar cumprir ao Estado fornecer, gratuita e

---

[62] Doutor e mestre em Direito Público pela PUC-MG, professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Direitos Humanos e Hermenêutica Jurídica.

[63] As etapas do chamado ensino básico encontram-se explicitadas na página da internet (*site*) do Planalto Central, denominada de Portal do Brasil, acessível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/04/etapas-do-ensino-asseguram-cidadania-para-criancas-e-jovens> (acesso em 20 de maio de 2015).

[64] A rigor, a referida lei foi sancionada pela Presidente da República em 4/4/2013, tendo sido publicada no Diário Oficial em 5/4/2013, tendo determinada sua entrada em vigor na data de sua publicação, pelo seu art. 3º. Não obstante, o Ministério da Educação e Cultura (MEC) entendeu que os Estados e Municípios deveriam ter um prazo de, pelo menos, dois anos para se adaptarem à nova exigência e estendeu a obrigatoriedade da referida lei para 2016. Veja, a respeito: <http://oglobo.globo.com/blogs/educacao/posts/2013/04/06/matricula-de-crianca-de-4-anos-sera-obrigatoria-partir-de-2016-492473.asp> (acesso em 5 de junho de 2015).

obrigatoriamente, acesso à educação básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade[65].

Com isso, tem-se entendido que os pais ou responsáveis que não mantém seus filhos/pupilos devidamente matriculados em instituições de ensino, públicas ou privadas, estariam cometendo o crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal Brasileiro.

Portanto, o entendimento majoritário, atualmente, está em que a matrícula e frequência em instituições de ensino seja obrigatória para crianças e adolescentes dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade.

Em outras palavras, a interpretação que vem sendo dada, desde à Constituição Federal de 1988, passando pela legislação infraconstitucional, especialmente a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal Brasileiro, é no sentido de que, de um lado, o Estado é obrigado a fornecer gratuitamente a educação básica, por meio serviços educacionais em escolas públicas e, de outro, os pais ou responsáveis são obrigados a matricularem e manterem seus filhos ou pupilos frequentando as escolas, públicas ou privadas, atualmente, dos 6 (seis) aos 17 (dezessete) anos e, a partir de 2016, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade.

Dessa maneira, aqueles que se recusarem a matricular e manter seus filhos ou pupilos nas escolas autorizadas ou fornecidas pelo Estado e que intencionem proporcionar meios diversos de educação/ensino, como a educação domiciliar, por exemplo, estariam cometendo o citado crime de abandono intelectual e, assim, poderão se sujeitar a processo e condenação criminal, além de poderem, na esfera cível, ter retirado o seu pátrio poder.

A questão que se coloca e que se pretende abordar e elucidar neste breve ensaio é se esta seria a única e, principalmente, a mais correta e adequada interpretação acerca do Direito à Educação prevista como Direito Fundamental no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Em outras palavras, a Educação é obrigatória? Para quem e em que sentido? Ou a Educação é um Direito? Novamente, para quem e em que sentido?

---

[65] Constituição Federal de 1988, art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...).

1. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: O ESTADO DA ARTE

O Sr. Cleber Nunes e sua esposa, Sra. Bernardeth Nunes, de Vargem Alegre/MG, pais de Davi Nunes e Jonatas Nunes, foram condenados pela Justiça Mineira, primeiramente pelo Juízo Cível da Comarca de Timóteo/MG, em sentença proferida em 2007 e, posteriormente, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que denegou seu recurso apelatório e confirmou a condenação de primeiro grau, pelo fato de terem retirado seus filhos da escola, passando a educá-los em casa.

A condenação consistiu na obrigação de matricularem os filhos, sob pena de pagamento de multa diária pelo descumprimento. Eles haviam decidido educar seus filhos fora da escola, em casa, por não concordarem com o sistema adotado pelas Escolas Públicas (ou privadas), pautadas pela hierarquia, autoridade, com avaliações feitas por provas, currículos pré-determinados e aplicados de forma homogênea, desconsiderando-se os gostos, aptidões, desejos e particularidades de cada aluno, no caso, seus filhos[66].

Recusando-se a cumprir a decisão e, assim, mantendo os seus filhos fora da Escola, educando-os em casa, o casal foi processado e condenado, por denúncia oferecida pelo Ministério Público, perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de Timóteo/MG, em 2010, pelo crime de Abandono Intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal Brasileiro[67].

A condenação criminal, ao final, limitou-se a estipular uma multa em valor simbólico, no importe de 1/10 (um décimo) do salário mínimo, equivalente a R$51,00 (cinquenta e um reais) para o pai e de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, ou seja, R$17,00 (dezessete reais) para a mãe (valores conforme o salário mínimo em 2010, data da condenação).

Mesmo que considerada simbólica, a pena sentenciada demonstra a interpretação que vem sendo dada a legislação brasileira, a Constituição Federal

---

[66] Vide reportagens descrevendo o fato em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/educacao/noticia/2015/05/projeto-de-lei-quer-regulamentar-educacao-domiciliar-4757354.html>;http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/49/imprime176510.asp (acesso em 20 de maio de 2015).

[67] Código Penal, art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

inclusive, acerca da educação: entende-se que os pais são obrigados a matricularem seus filhos em escolas.

Este não é um caso isolado. A doutrina[68] majoritária é no sentido de que a matrícula e frequência em escolas, públicas ou privadas, na educação básica (educação infantil, ensino fundamental e médio), para as crianças e adolescentes dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade seja obrigatória. Tal se reflete, também, na jurisprudência[69].

Vejamos, a seguir, quais os dispositivos legais, desde a Constituição Federal de 1988, passando pelas normas infraconstitucionais relacionadas ao tema e que como as mesmas se veem interpretadas/aplicadas no bojo da doutrina e jurisprudências majoritárias.

Isso nos ajudará a avançar neste debate e, desde já, surgem as seguintes perguntas: a interpretação corrente que se verá abaixo, que vem sendo adotada pelos doutrinadores e juízes, será definitiva? Ou seja, não haverá outras possíveis interpretações, talvez mais adequadas à efetivação e respeito ao sistema de Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição fundados na dignidade da pessoa humana, da igualdade (jurídica) e, especialmente, da liberdade?

Vejamos!

1.1. O que está escrito na Constituição e na Legislação Infraconstitucional e como estes "textos" vem sendo entendidos?

A Constituição Federal de 1988 elenca a educação no rol dos Direitos Sociais, espécie dos Direitos Fundamentais, no seu art. 6º, e apresenta as diretrizes

---

[68] A título ilustrativo citam-se: Dantas (2015), Bulos (2008), Mendes; Branco (2013), Fernandes (2010), Lenza (2012), Moraes (2010), Tavares (2013), Canotilho; Mendes; Sarlet; Streck (2014). Vejamos, como exemplo, o que diz Horta (1998) nas conclusões de seu artigo intitulado Direito à Educação e Obrigatoriedade Escolar: "1. O ensino fundamental, com a duração mínima de oito anos, é obrigatório e gratuito a partir dos sete anos de idade. O acesso a ele, para qualquer cidadão a partir dos sete anos de idade, constitui direito público subjetivo. 2. A obrigatoriedade do ensino fundamental diz respeito tanto aos pais ou responsáveis quanto ao poder público. **Quanto aos pais ou responsáveis, o não cumprimento da obrigação de matricular os seus filhos no ensino fundamental dos sete aos quatorze anos constitui crime de abandono intelectual**." (Horta, 1998, p. 30). Grifamos. Ressalva-se que o artigo foi publicado em 1988, antes das emendas constitucionais que estenderam a chamada "obrigatoriedade" para as crianças de quatro aos dezessete anos de idade, abrangendo todo o ensino básico.

[7] A obrigatoriedade de se matricular as crianças dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos em escolas, pode ser encontrado em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293814/abandono-intelectual> (acesso em 20 de maio de 2015).

constitucionais a seu respeito nos artigos 205 a 214, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 59 de 2009.

O art. 205 estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, seguido do art. 208 que prescreve em seu *caput* e inciso I que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.”

A interpretação de que os pais ou responsáveis sejam obrigados a matricular e manter matriculados seus filhos e pupilos, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, ou seja, durante a chamada educação básica, em escolas públicas ou privadas, advém, inicialmente das expressões “dever do Estado e da família” e “educação básica obrigatória” contidas, respectivamente, no art. 205 e no inciso I do art. 208 da Constituição Federal de 1988.

Somem-se a estes os artigos 227 e 229 da Carta Magna, que asseveram, respectivamente, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação e que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Dessa forma também parece ter interpretado o legislador infraconstitucional, quando da redação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), senão vejamos.

O art. 6º da LDB prescreve que “é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.” Por sua vez, o art. 55 do ECA prediz que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.”

Fazendo-se uma interpretação literal, restritiva e isolada destes dispositivos, certamente se afigura bastante “clara e evidente” a “intenção do legislador” e a “vontade ou o espírito da lei”. Afinal, os textos legais são expressos em impor o dever (art. 6º da LDB) e a obrigação (art. 55 do ECA), aos pais ou responsáveis, de matricular as crianças, seus filhos ou pupilos, dos quatro aos dezessete anos na rede regular de ensino.

Diante dessa literalidade, o entendimento doutrinário e jurisprudencial tem sido o de que a educação seria um direito das crianças em idade escolar e, para que

estas exerçam tal direito, uma obrigação e um dever do Estado, em fornecer escolas públicas gratuitas e dos pais ou responsáveis de matricular e manter matriculados seus filhos ou pupilos crianças nas escolas, públicas ou particulares.

Entretanto, como não há nenhuma sanção prevista nos dispositivos constitucionais, da LDB ou do ECA, caso os pais ou responsáveis não matriculem ou não mantenham matriculados seus filho ou pupilos na rede de escolas de ensino básico, buscou-se estender, ao Código Penal e ao Código Civil tal intenção.

Destarte, por meio de interpretação extensiva, criou-se o entendimento de que os pais ou responsáveis que descumpram o dever e a obrigação prevista acima incorreriam em crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do Código Penal, sujeitando-se, assim, à pena de detenção de quinze dias a um mês, ou multa, além de, na esfera cível, poderem perder seu pátrio poder, por força do art. 1.638, inciso II, do Código Civil, que determina que "perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) II - deixar o filho em abandono; (...)."

Dessa forma, uma vez que a Constituição Federal de 1988 afirma que a educação é dever do Estado e da família; que a LDB assevera que é dever dos pais ou responsáveis matricular as crianças na educação básica; e que o ECA estatui que estes tenham a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino, por extensão, a expressão "deixar o filho em abandono", prevista no Código Civil, abrigaria, com uma de suas formas, exatamente a hipótese de pais ou responsáveis deixarem de matricular seus filhos ou pupilos em escolas de ensino básico, o que ensejaria a possibilidade judicial de declaração da perda do poder familiar.

No mesmo sentido, a previsão do crime de abandono intelectual estaria preenchida, uma vez que a frase "deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar", que encabeça o art. 246 do Código Penal, pode certamente ser amoldada à hipótese dos pais ou responsáveis deixarem de matricular e manterem matriculados suas crianças nas escolas de ensino básico.

Não foi outra, senão essa linha interpretativa, seguida pelo Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais no caso narrado acima, que resultou na condenação do casal Cleber Nunes e Bernardeth Nunes, mesmo que somente de multa, sem imposição de detenção, e mesmo que em valor simbólico.

Mas, como já aventado alhures, essa seria a única interpretação possível? As técnicas de interpretação literal, de busca da “vontade do legislador” ou da “vontade da lei”, ou seja, modelos ainda positivistas de exegese são as adequadas para se interpretar direitos fundamentais? Há realmente algum texto de lei que denote, no seu nível semântico, uma norma jurídica que seja “clara e evidente”?

Em tempos de pós-positivismo, de reconhecimento da normatividade e aplicação imediata das normas constitucionais, especialmente as definidoras e garantidoras dos Direitos Fundamentais (art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988), e por meio dos ganhos trazidos pelo giro-hermenêutico e pelo giro linguístico-pragmático, as teses e os métodos positivistas não se mostram mais adequados a lidar com casos tão complexos envolvendo discussões principiológicas.

Busquemos esta/uma alternativa, portanto, em busca de um caminho mais condizente com a força normativa da Constituição, tal como preconizado por Konrad Hesse, e com uma hermenêutica aberta e concretista, nos moldes de Peter Häberle, Friedrich Müller e Ronald Dworkin, dentre outros.

Vejamos, a seguir, como uma abordagem pós-positivista pode ser útil e nos fornecer novas e mais convincentes respostas as questões acima levantadas.

2. HÁ MAIS DE UMA VIA INTERPRETATIVA?

Desde que Wittgenstein apresentou suas Investigações Filosóficas operou-se na filosofia o chamado giro-linguístico, seguido do giro-hermenêutico por meio da obra de Heidegger, principalmente em seu Ser e Tempo.

Em síntese, Wittgenstein demonstrou que a linguagem não se limita aos âmbitos sintático e semântico, mas se dá, principalmente, no seu operar pragmático. Vale dizer, as palavras, os símbolos linguísticos, os sinais, não denotam significados *a priori* fixos, não possuem essências próprias, não encerram significados únicos, cerrados, determinados.

Ao contrário, o significado é dado pelo e no uso das expressões linguísticas, em um dado contexto, em meio a um *jogo de linguagem*.

Isso explica, por exemplo, as inéditas e sempre surpreendentes gírias, pelas quais uma dada comunidade, um dado grupo de pessoas, usam palavras e expressões, tanto quanto símbolos e signos, que teriam certos significados pré-

concebidos em uma dada tradição ou cultura, de maneiras e com sentidos os mais diversos e, não raro, surpreendentes e inesperados.

Alguns simples exemplos podem ser úteis. Tomemos a palavra “manga”. O que significa? Uma fruta, uma parte de uma roupa, uma cidade do Estado de Minas Gerais, uma chuva rápida? Dependendo do contexto em que se usa esta palavra, ela pode significar qualquer uma destas possibilidades e, ao longo do tempo, poderá assumir, ou significar, várias outras coisas não originalmente concebidas.

A palavra “cruzeiro” pode se referir a uma cruz, uma encruzilhada, uma constelação, uma medida de velocidade naval, um padrão monetário de períodos passados no Brasil, um time de futebol! “Galo” pode ser o time rival do cruzeiro, ou uma ave, um machucado advindo de uma pancada na cabeça de alguém ou uma marca de azeite de oliva.

Heidegger, ampliando a descoberta de Wittgenstein, inaugura o giro-hermenêutico desconstruindo a filosofia da ontologia essencialista clássica, demonstrando que o *dasein* (o ser-humano) se move na e pela linguagem, intersubjetivamente compreendida.

Em termos mais simples, Heidegger apresenta uma ontologia fenomenológica, pela qual se compreende que os seres, as coisas no mundo, e o próprio mundo se revelam em situações fenomenais, concretas, no que designou de *o-ser-do-ente*, ou seja, as coisas, os seres, não possuem uma única essência fixa, pré-determinada, mas seus significados, suas maneiras de ser, se revelam fenomenologicamente a cada manifestação concreta.

Assim é que uma pessoa, por exemplo, pode *ser* pai, irmão, filho, empregado, patrão, mais velho, mais novo, amigo, desafeto, vizinho, condômino, consumidor, cliente, vendedor, músico, professor, aprendiz, etc... Dependendo do contexto, do ser em um determinado momento, em uma dada situação.

A ciência do Direito, entendida também como linguagem, não é diferente, de modo que as expressões jurídicas, os conceitos doutrinários, os textos normativos, a jurisprudência, não possuem significados únicos, imutáveis, determinados. Ao contrário, as assim chamadas normas jurídicas, podem assumir variadas significações, ter diversos alcances e aplicações, a depender do contexto, histórico e paradigmático em que são interpretadas e aplicadas.

Um exemplo disso está no conceito de família, que vem assumindo modificações importantes na doutrina e na jurisprudência, de modo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, ao interpretar o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que não só a união entre homem e mulher, em relação heterossexual, constitui, para fins jurídicos, uma família, ampliando este conceito para os casais homossexuais, além de se reconhecer, igualmente, como família, os pais ou mães solteiros e seus filhos (famílias uniparentais).

Destarte, a partir do giro-linguístico e do giro-hermenêutico, o Direito não pode mais ser interpretado, explicado e praticado pelas sendas do positivismo jurídico, que preconizam ainda a existência de *conceitos jurídicos unívocos ou determinados*. Com isso, os métodos clássicos de interpretação e aplicação do Direito, tais como a interpretação literal/gramatical ou a busca por uma "vontade do legislador" ou "vontade da lei", que pressupõem exatamente a existência de conceitos determinados, ou seja, de essências únicas e imutáveis, não mais se sustentam.

Dworkin elabora sua principal obra, O Império do Direito, exatamente nessa senda, tendo como alvo de suas críticas a discricionariedade, marcada pela alta dose de subjetivismo, que o positivismo jurídico carrega em sua essência. De fato, o professor de Harvard conclui que as teorias juspositivistas e seus métodos de interpretação/aplicação se dariam como teorias semânticas do Direito.

Em outras palavras, no âmbito do positivismo jurídico, as normas jurídicas, entendidas como regras, esgotariam seus sentidos/significados no texto da lei, como as palavras e expressões ali utilizadas realmente tivessem sentidos essenciais, carregassem conceitos cerrados, unívocos, denotando normas "claras e perfeitas". Diante dessas espécies normativas gramatical e semanticamente perfeitas, bastaria o julgador operar uma subsunção ao fato *sub judice*, sem maiores esforços interpretativos (*interpretatio in claris cessat*).

Somente diante de eventuais lacunas (inexistência de alguma regra/norma/lei que se amoldasse ao fato/caso concreto) ou antinomias (existência de mais de uma regra aparentemente cabível ao mesmo caso e/ou textos normativos dúbios, porosos, com mais de uma interpretação possível) é que o julgador deveria criar uma norma específica para o caso, ou seja, deveria interpretar e o faria de forma discricionária, ou seja, no nível de sua subjetividade.

Exatamente em face dessa situação que Dworkin desenvolve sua teoria do Direito como Integridade, adotando a abertura semântica da linguagem, incorporando e reconhecendo o viés pragmático da linguagem e compreendendo o Direito como um jogo (específico) de linguagem.

Assim, para fugir do que designou de "aguilhão semântico" (manter a compreensão e aplicação do Direito no nível semântico, ignorando o viés pragmático da linguagem e do próprio Direito como jogo de linguagem) é Dworkin adota uma postura concretista quanto à aplicação das normas jurídicas[70].

Em síntese, compreende Dworkin, assim como o faz também Müller, que a norma jurídica a ser aplicada não se encontra, não se encerra no texto da lei, mas será sempre o resultado da aplicação dialética, interpretativa, sempre criativa, do texto emaranhado a um dado contexto, o caso concreto.

Assim, se por óbvio o intérprete parte do texto legal, dele extrairá ou, melhor dizendo, a ele atribuirá um significado (que virá a ser a norma jurídica a ser aplicada), de acordo com as especificidades do caso concreto, que deverá ser reconstruído dialogicamente por meio das argumentações trazidas pelas partes, as provas produzidas, as participações de terceiros interessados, etc.

Ocorrerá, nesse processo, uma verdadeira fusão de horizontes, no sentido do círculo hermenêutico de Gadamer, de modo que as múltiplas versões dos fatos, as provas produzidas, os elementos que tornam o caso um evento único é que guiarão o intérprete/julgador no desvelamento e na construção da resposta correta, da norma adequada a resolver o caso, mantendo-se a integridade do Direito.

Portanto, no âmbito do que entendemos por pós-positivismo jurídico, os conceitos jurídicos trazidos pela Doutrina, as decisões judiciais que formam a Jurisprudência e os textos normativos das leis (Constituição e normas infraconstitucionais em sentido amplo), diante da abertura semântica e

---

[70] Não há espaço neste breve ensaio para aprofundar a questão, especialmente sobre se há ou não mais de uma espécie normativa (regras e princípios) no ordenamento jurídico. O próprio Dworkin, em sua ainda recente obra A Justiça de Toga, abandonou esta dicotomia, admitindo que não há, diante do giro-hermenêutico e do giro linguístico-pragmático, como se sustentar uma separação ontológica e/ou morfológica entre regras e princípios. De nossa parte, essa discussão foi levada a termo e à exaustão no Teoria(s) do Direito: do jusnaturalismo ao pós-positivismo, em que defendemos que no ordenamento jurídico há apenas uma espécie normativa, qual seja, a norma jurídica, que, ademais, não se confunde com o texto de alguma lei, mas será sempre o resultado da interpretação/aplicação do Direito, no e para um determinado caso concreto, ao fim e ao cabo do círculo hermenêutico.

hermenêutica, não trazem em si nenhum significado absoluto, cerrado, unívoco, conclusivo, determinado.

Não obstante, todo esse repositório que compõe o que designamos por ordenamento jurídico, formatando a Ciência do Direito, em momento algum perde ou tem diminuída sua importância. Ao contrário, serão sempre os referenciais que o intérprete terá para lhe auxiliar na busca e construção dialógica, em cada caso concreto, da norma jurídica adequada a lhe dar jurídica solução.

Portanto, no sentido do "romance em cadeia" preconizado por Dworkin, a Doutrina, a Jurisprudência e as Leis formam a tradição jurídica e representam os capítulos que já foram escritos e que serão sempre referência para a edição de novos capítulos nessa estória sem fim.

Com essas noções em mente, preferimos designar os textos legais, ao lado da Doutrina e da Jurisprudência, como referenciais, como standards argumentativos à disposição do julgador/intérprete quando da aplicação do Direito a um dado caso concreto.

Sendo assim, a chamada doutrina e jurisprudência majoritárias que afirmam no sentido de que os pais ou representantes são efetivamente obrigados a matricular e manter matriculados seus filhos ou pupilos em escolas de ensino básico, públicas ou privadas, sob pena de poderem ser condenados penalmente por crime de abandono intelectual e ter declarada a perda do poder familiar na seara cível, se mostram como uma interpretação, um referencial, um standard argumentativo, mas não podem, de forma alguma, tal entendimento ser entendido como sendo a "norma definitiva", a "interpretação definitiva", encerrando um "conceito jurídico unívoco, cerrado, determinado".

Debalde, diante dos ganhos trazidos pelo giro-hermenêutico e pelo giro linguístico-pragmático, diante, portanto, da inescusável abertura significativa que a linguagem e, assim, o próprio Direito possuem como um seu dado constitutivo, por meio do reconhecimento do viés pragmático da linguagem, levada à prática jurídica por meio do concretismo, os conceitos tidos como adequados num dado momento histórico e cultural, certamente poderão ser profundamente alterados, modificados ao longo do tempo, juntamente com a evolução e modificação dos valores assentes em uma dada cultura.

Com estas premissas, passaremos, a seguir, a apresentar alguns standards argumentativos diversos do entendimento adotado pela doutrina e jurisprudência majoritárias acerca da obrigatoriedade da educação, no intuito de abrir o tema para novos rumos e novas possibilidades interpretativas que acreditamos, ademais, possam ser mais condizentes com o sistema de Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, pautadas, dentre outros, pelos princípios/standards da dignidade da pessoa humana, igualdade e, principalmente, da liberdade.

3. CONSTRUINDO STANDARDS ARGUMENTATIVOS EM BUSCA DA LIBERDADE DA/NA EDUCAÇÃO

A proposta, aqui, será partirmos dos textos normativos, desde a Constituição de 1988, passando pela LDB, o ECA e os Códigos Penal e Civil, com o fim de apresentar uma linha argumentativa possível, tendo em vista a sistematicidade do Direito e sua integridade, na busca de se construir standards argumentativos que possam ser úteis para futuros casos de interpretação e aplicação das normas atinentes ao Direito à Educação, como Direito Fundamental.

Não há, certamente, nenhuma pretensão de esgotar o tema ou de se apresentar algum tipo de conceito definitivo, uma vez que, como deixado claro acima, partimos do pressuposto de que não há conceitos jurídicos determinados. Mas certamente tem-se aqui a sincera intenção de se contribuir para um maior refinamento na práxis interpretativa do Direito e, principalmente, na consolidação e concretização do sistema de Direitos Fundamentais trazidos pela Carta Magna[71].
Passemos, assim, à empreitada proposta.

3.1. Standards argumentativos a partir do texto constitucional

Como já assentado anteriormente, a Educação é elencada como um Direito Social, espécie de Direito Fundamental, já no art. 6º da Constituição, localizado em seu Título II que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais[72].

---

[71] Para uma excelente noção acerca dos Direitos Fundamentais compreendidos sistemicamente, remetemos o leitor ao Curso de Direito Constitucional de Paulo Bonavides.
[72] Não se olvida que a Educação é trazida, também, como Direito Humano, em tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja signatário, desde a Declaração Universal

A primeira observação que se pode fazer é que, em sendo a Educação um Direito Fundamental atribuído às pessoas (crianças, jovens ou adultos), não poderá ser tida como uma imposição ou uma obrigação. Trata-se de um direito subjetivo, público, no sentido de se tratar de um Direito Fundamental, mas, ainda sim, subjetivo.

Não é difícil perceber que a Educação, como Direito Fundamental, trata-se de um componente necessário para a concretização da Dignidade da Pessoa Humana, para que cada pessoa, cada indivíduo, ao longo de sua existência e na busca pela realização de seus projetos de vida possa almejar seu desenvolvimento, social, espiritual, econômico, pessoal.

Nessa linha, o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no inciso III do art. 1º da Constituição, tem como um seu desdobramento e, ao mesmo tempo, uma forma de se concretizar na vida de cada pessoa, de cada ser humano, por meio do direito que cada um tem de ter acesso à Educação, em suas variadas formas e ao longo de toda a sua existência.

Da mesma forma, por meio do direito à Educação, cada indivíduo poderá, de maneira concreta, exercer de forma cada vez mais plena, sua cidadania, buscar realizar seu pleno desenvolvimento, exercer atividades produtivas em meio à livre iniciativa e o trabalho e exercitar sua participação política, de forma pluralista, no Estado.

Desta forma, a Educação se revela como um componente necessário para a realização prática e livre, por cada pessoa, dos princípios fundamentais e estruturantes do Estado Democrático Brasileiro, tais como positivados no art. 1º do texto constitucional[73].

Tamanha a importância desse Direito Fundamental, aliás, que a Constituição trata de delinear sua estrutura e formas de realização e expressão, em Capítulo próprio (Capítulo III, Seção I), no bojo do seu Título VIII, que versa sobre a Ordem Social brasileira.

---

dos Direitos Humanos, até o Pacto de São José da Costa Rica, dentre outros. Preferimos, não obstante, nos restringir ao texto constitucional e legislação infraconstitucional interna, para limitarmos o âmbito do debate às pretensões deste artigo. Nada obstante, os argumentos aqui expendidos certamente podem ser aplicados também a tais normas de origem internacional.

[73] Constituição Federal de 1988, art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais da do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

Nesse sentido, no art. 205 vê-se estatuído que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Desde já se reafirma que a Educação se revela como um *direito* atribuído a todos, a todas as pessoas, todos os indivíduos, sejam crianças, jovens ou adultos, sem distinção de qualquer natureza, em acordo, por certo, com o princípio da igualdade (jurídica) trazido no *caput* do art. 5º.

Por outro lado, para que este direito possa ser alcançado, implementado e concretizado pelas pessoas, a Constituições o impõe como sendo um *dever*, uma obrigação, do Estado e da família.

Pode-se afirmar, desde já, que a Educação deve ser, obrigatoriamente, implementada, ofertada e garantida, às pessoas, pelo Estado e pela família sendo, repita-se, um *direito* e, não, uma obrigação ou dever da pessoa em si.

Não há, aqui, hierarquia ou ordem de precedência quanto ao Estado ou a família, sendo certo que ambos possuem em igual medida, o ônus de ofertar e promover a Educação, mas, por óbvio, cada qual nos limites e no âmbito de suas relações e obrigações.

Nessa linha, resta claro que o Estado possui a obrigação, o dever de oferecer os meios adequados para que as pessoas possam ter acesso à Educação e, assim, exercerem e concretizarem esse seu Direito Fundamental. E isso pode se dar de variadas formas, como a oferta e manutenção de escolas públicas, desde o ensino básico ao superior, fomentando a iniciativa privada a fornecerem também serviços educacionais em todo seu espectro, disponibilizando linhas de crédito diferenciadas, bolsas de estudo, pesquisa e extensão, cursos técnicos, profissionalizantes, de capacitação, etc.

Por outro lado, a família, no dever de promover a educação de seus membros, especialmente das crianças e jovens, devem envidar esforços para disponibilizar o acesso às instituições de ensino, públicas ou privadas, mas da forma que melhor lhes aprouver, uma vez que esse dever não anula ou se sobrepõe à sua liberdade de criação e formação de caráter e transmissão de valores aos seus membros.

Por certo que a família não tem a obrigação de criar e manter uma escola para seus filhos e membros, mas deve fornecer educação a estes.

Entretanto, em momento algum, do texto constitucional se pode concluir, exclusivamente, que a única via de a família cumprir seu dever de educar será com a obrigação de matricular e manter matriculados seus entes, especialmente, as crianças, em escolas ou instituições de ensino, sejam elas públicas ou privadas.

Ora, o dever imposto é o de *educar*, mas a forma de se fazer isso não se limita exclusiva e obrigatoriamente a matricular e manter seus filhos em escolas ou instituições de ensino autorizadas ou mantidas pelo Estado.

Avancemos neste ponto.

O art. 206 da Constituição assevera que "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios", dos quais destacamos os seguintes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

A igualdade de condições para o acesso e permanência na escola se dá pela gratuidade do ensino público, bem como a possibilidade de se escolher escolas privadas, inclusive com disponibilização de bolsas de ensino, linhas de crédito especiais, etc, o que corrobora o dever imposto ao Estado de ofertar e garantir acesso à Educação a todas as pessoas.

Os incisos II e III, por sua vez, ampliam e abrem a questão, estendendo-a também à família, e fundam a Educação no princípio da ampla liberdade e do inafastável pluralismo!

Dessa maneira, a Educação será implementada por meio da liberdade de formas de se aprender, ensinar, pesquisar, pensar, não só componentes curriculares específicos, mas também na expressão da arte e do saber. Será também realizada respeitando-se o pluralismo de ideias e de formas pedagógicas, o que certamente pode se dar dentro ou fora das escolas. Quanto a estas, ademais, poderão ser públicas ou privadas.

Ora, esta ampla liberdade assentada no pluralismo de ideias e concepções pedagógicas acerca do saber e do aprender, certamente extrapola os limites de uma escola, alcançando também as mais variadas formas de ensino e aprendizagem, tais

como a possibilidade de se ter a promoção da Educação no próprio seio familiar, seja em casa, ou com tutores particulares, ou mesclando-se a escola e a educação familiar, ou qualquer outra forma pedagógica que se possa implementar.

Portanto, vê-se que a Constituição estabelece a Educação em meio ao respeito à liberdade e ao pluralismo, marcantes em sociedades altamente complexas como a nossa e conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, se ao Estado é imposto o dever de fornecer a Educação, o mesmo deve cumprir esta obrigação constitucional, pelo menos, de duas maneiras: ofertar e manter escolas públicas e autorizar a oferta de ensino por escolas privadas, num sentido ativo; e, por outro lado, não interferir, ou seja, não proibir que as famílias possam, caso queiram, educar suas crianças de maneiras diversas, fora das escolas, ou seja, num sentido passivo.

Quanto às famílias, destarte, devem por certo cumprir sua obrigação constitucional de educar, mas a forma de realizar este dever se dará de forma livre e plural, podendo, assim, optar pelas escolas ou por prestar a educação de suas crianças de outra forma, fora das escolas.

Ora, em face da liberdade de ensinar, aprender de exercer plurais e distintas formas pedagógicas, as famílias não poderão ser obrigadas a matricular e manter matriculadas suas crianças em escolas, públicas ou privadas, caso, por exemplo, a forma com tais instituições são configuradas, por meio de horários, currículos e valores pré-concebidos e pautadas por uma forma hierarquizada de disciplina, venha a violar suas próprias convicções filosóficas, morais, políticas ou religiosas.

Tal entendimento, ademais, está em pleno acordo com a garantia dada pela Constituição, em seu art. 5º, de ampla liberdade de convicções religiosas, de expressão de ideias, atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, garantindo-se, assim, a escusa de consciência[74], sendo que a "prestação alternativa" certamente se amolda à possibilidade de a família educar seus filhos em casa, por meio da educação domiciliar[75], ou de outra forma que não seja nas escolas.

---

[74] Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

[75] Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3179/2012 que visa alterar dispositivos do ECA e da LDB, autorizando-se, expressamente, a chamada educação domiciliar, designada comumente pela expressão inglesa *homeschooling*. A via legislativa, caso tal projeto

Portanto, se é dever da família educar seus filhos, suas crianças, poderá cumprir este dever de variadas formas, não sendo obrigada a fazê-lo unicamente por meio de escolas, cabendo ao Estado, por seu turno, disponibilizar escolas públicas e autorizar escolas privadas, de um lado e, de outro, não proibir que as famílias optem por outras vias de prestar educação a suas crianças, em respeito aos princípios da liberdade e do pluralismo educacionais.

Já o art. 208 da Constituição reforça que a Educação seja um dever do Estado e não menciona em momento algum a família. De fato, tal dispositivo assevera que:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
> IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
> VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
> VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
> § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
> § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
> § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Ora, o *caput* já permite antever que se trata, neste dispositivo, da forma como o Estado deverá cumprir sua obrigação de fornecer acesso à Educação em vários níveis, do ensino básico aos níveis mais elevados, além de pessoas com necessidades especiais e de pessoas em variadas idades e condições (sociais, econômicas, intelectuais, etc.).

---

venha a ser aprovado, promulgado e publicado, certamente é bem vinda e coaduna com a interpretação constitucionalmente adequada que estamos a propor neste artigo. Entretanto, não se pode esperar, indefinidamente, por este ou outro projeto de lei que, ademais, pode vir a ser rejeitado. Sendo assim, a via doutrinária, por meio da construção de standards argumentativos apresentando uma interpretação que se mostre adequada à Constituição, continua sendo necessária.

E o meio principal imposto ao Estado será o de ofertar ensino público gratuito, de forma obrigatória (para ele, Estado) a todas as pessoas que optem por estes meios.

Por conseguinte, quando a texto constitucional se utiliza da expressão "ensino obrigatório", no contexto deste dispositivo, refere-se a que seja a oferta de escolas e instituições de ensino público e gratuito que o Estado deve, obrigatoriamente, manter e disponibilizar a todos que delas queiram se servir para usufruir e concretizar seu *direito* à Educação.

Interpretar esta expressão e, de resto, este dispositivo, de outra forma, seria forçosamente violar os princípios elencados no já analisado art. 205, que funda a Educação, como direito, nos princípios da *liberdade e do pluralismo*, quebrando-se a necessária unidade constitucional e, via de consequência, criando-se uma antinomia incompatível com a integridade do sistema de Direitos Fundamentais estatuído pela Constituição.

Dessa arte, enfatiza-se que a expressão "ensino obrigatório", constante do art. 208, deve ser entendido como a obrigação do Estado, no seu dever de implementar a Educação, de ofertar, manter e garantir o acesso a escolas e instituições de ensino públicas e gratuitas, a quem assim quiser ou, mesmo necessitar.

No mesmo sentido, entende-se o disposto nos parágrafos do dispositivo, a saber:

1 - O §1º reforça que a Educação é um *direito público subjetivo*, e, sendo assim, jamais poderá ser tido como uma imposição às pessoas. Para tanto, o dever do Estado, aqui, será fornecer e garantir, *obrigatoriamente*, acesso à rede de ensino público e gratuito.

2 – O §2º, mais uma vez, reafirma este entendimento, asseverando que o descumprimento por parte do Estado, desta sua obrigação de ofertar e garantir acesso à rede de ensino público importa na responsabilização da autoridade competente, ou seja, incumbida de cumprir esta obrigação estatal.

3 – O §3º, por sua vez, agrega mais uma obrigação imposta ao Estado, qual seja, a de fiscalizar a adequada frequência dos alunos junto à instituição de ensino pública, zelando por esta frequência, junto aos pais e responsáveis que *tiverem optado por matricular seus filhos ou pupilos* nestas instituições. Ora, por certo que, caso os pais

ou responsáveis tenham optado por esta via, esperam que suas crianças estejam frequentes, no período de aulas, na escola respectiva, tendo segurança quanto a integridade física, intelectual e moral destas, assumindo, junto ao Estado, o dever de zelar pela correta frequência. Mas, repita-se, tal dispositivo se aplica na hipótese de os pais ou responsáveis terem optado pela via da matrícula e manutenção de suas crianças nas escolas e instituições públicas de ensino.

Com isso, pode-se concluir que não decorre, necessariamente, do dispositivo comentado, a única interpretação de que os pais ou responsáveis seriam obrigados a matricularem e manterem matriculados seus filhos o pupilos em escolas, sejam públicas ou privadas.

Feita a construção destes standards argumentativos a partir dos dispositivos constitucionais, e sob sua luz, passa-se agora a verificação das leis infraconstitucionais.

3.2. Standards argumentativos a partir das leis infraconstitucionais e à luz da Constituição Federal de 1988

Neste tópico serão construídos standards argumentativos, à luz da Constituição Federal tal como acima esposado, a partir dos dispositivos textuais da LDB, do ECA, do Código Penal e do Código Civil que se veem diretamente relacionados com a temática debatida e contestada neste ensaio: a interpretação corrente de que a matrícula e manutenção dos filhos ou pupilos, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos, em escolas públicas ou privadas do ensino básico, seja obrigatória para os pais ou representantes, sob pena de poderem judicialmente perder o poder familiar e virem a ser condenados pelo crime de alienação intelectual.

3.2.1 Standards a partir dos Códigos Penal e Civil.

O Código Penal, em seu art. 246, tipifica o chamado crime de abandono intelectual nos seguintes termos: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

O sujeito ativo do crime será o pai, ou a mãe, ou ambos, podendo certamente ser assim considerado também aquele que, mesmo não sendo pai ou mãe, seja o responsável pela criança ou jovem em idade escolar.

Por sua vez, o crime previsto, tipificado, está no fato dos pais ou responsáveis não fornecerem aos seus filhos ou pupilos a instrução primária, que pode ser entendida como o período que compreende o ensino básico, sem nenhuma justificativa que se mostre plausível[76].

Entretanto, o tipo penal não comporta como um seu elemento, que deixar de prover a instrução primária signifique, única e exclusivamente, deixar de matricular e manter matriculadas as crianças em escolas, públicas ou privadas.

Ao contrário, uma vez que passemos a compreender a Educação como sendo efetivamente um *direito* e, não, uma imposição às pessoas, mas que se afigura, por outro lado, como uma *obrigação*, um *dever*, tanto do Estado, quanto da família, nos termos em que se demonstrou acima, podemos agora concluir que:

1 – Sendo a Educação um dever do Estado e da família, estes se veem obrigados a proporcionarem às crianças acesso à instrução básica. Ao Estado cumpre fornecer escolas públicas e gratuitas de ensino básico e, às famílias, incumbe prover instrução básica às suas crianças, podendo fazê-lo por meio das escolas, públicas ou privadas, ou por qualquer outro meio que se mostre adequado, inclusive por meio o ensino domiciliar.

2 – Com esse entendimento, o crime de abandono intelectual se concretizará quando os pais ou responsáveis deixarem de prover, às suas crianças/seus filhos, a chamada instrução primária, ou básica, seja por meio das escolas, públicas ou privadas, ou por qualquer outra forma que se mostre eficaz, como o citado ensino domiciliar.

Por conseguinte, repita-se, o crime de abandono intelectual não se configura única exclusivamente pelo fato de os pais ou responsáveis deixarem de matricular ou manter matriculados seus filhos ou pupilos em escolas, não ocorrendo tal delito quando a instrução básica seja efetivamente provida às crianças de qualquer outra

---

[76] Por exemplo, uma família de pais analfabetos, com filhos menores, que vivem em meio à floresta Amazônica, sem nenhuma escola próxima e viável e que não podem, eles mesmos, pela sua condição de analfabetismo, proverem aos seus filhos uma instrução básica/primária. Pode soar um tanto absurda, mas esta hipótese certamente ocorre em maior número do que possamos imaginar pelos rincões deste enorme país...

forma, mesmo que fora das escolas, em razão dos princípios que regem o Direito Fundamental à Educação, especialmente os da liberdade e do pluralismo de formas de ensino, aprendizagem e pedagógicas, tal como aferido nos tópicos precedentes.

O mesmo raciocínio se estende à hipótese legal de perda do poder familiar/pátrio poder tal como previsto no art. 1.638, especialmente no seu inciso II, do Código Civil Brasileiro. De fato, tal dispositivo atesta que “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II – deixar o filho em abandono”.

O abandono intelectual, no sentido de deixar de prover instrução básica aos filhos menores, por certo se enquadra na previsão mais alargada de abandono constante no dispositivo sob comento, do Código Civil.

Seguindo nessa linha, os standards acima apresentados acerca do crime de abandono intelectual, igualmente se aplicam à hipótese de abandono que possa ensejar a perda do poder familiar. Em outros termos, o simples fato de os pais deixarem de matricular seus filhos em escolas não poderá, de *per si*, ensejar a perda do poder familiar, caso a instrução básica seja provida aos filhos de outra maneira, fora da escola.

Vale dizer, à guisa de conclusão, que os pais ou responsáveis são obrigados a proverem a devida instrução básica aos seus filhos ou pupilos, mas poderão cumprir com esta obrigação de variadas formas, dentro ou fora das escolas.

Com isso, as hipóteses de abandono intelectual a ensejar punição na esfera penal ou na cível, se darão quando os pais ou responsáveis deixarem de prover, de qualquer maneira, a instrução básica às crianças sob sua responsabilidade, não se perfazendo única e exclusivamente quando estas não estiverem matriculadas em escolas.

3.2.2 Standards a partir da LDB e do ECA

Talvez o problema mais complexo, em termos da construção de standards argumentativos em defesa da hipótese interpretativa de que os pais ou responsáveis não são obrigados a matricularem seus filhos ou pupilos em escolas, públicas ou privadas,

Tal complexidade decorre do teor dos textos dos dispositivos que serão analisados, quais sejam, os arts. 55 do ECA e 6º da LDB que assim prescrevem,

respectivamente: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”; “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”.
Uma interpretação literal e isoladas destes dispositivos induziria, fatalmente, à conclusão de que os pais e responsáveis seriam realmente obrigados a matricularem seus filhos e pupilos em escolas, públicas ou privadas de modo que a única maneira de se prover instrução básica às crianças seria, obrigatoriamente, nas escolas.

Entretanto, esta interpretação não pode prosperar, a partir do instante em que se faça uma hermenêutica holística e sistêmica, destes dispositivos à luz daqueles trazidos pela Constituição Federal de 1988, tal como proposto acima, com esteio nos princípios da liberdade e pluralidade de formas pedagógicas, de ensino e de aprendizagem que emolduram o Direito Fundamental à Educação.

Ora, já temos assentado, até aqui, de um lado, que a Educação, de fato, é um Direito Fundamental e que pode e deve ser implementado de variadas formas, sendo um direito público subjetivo atribuído e, não, imposto às pessoas; e que, de outro lado, é dever do Estado fornecer e fomentar a Educação, especialmente a básica, por meio de escolas públicas gratuitas ou autorizando tal prestação pela iniciativa privada; e, além disso, que também se afigura dever da família prover a instrução básica de suas crianças, mas podendo fazê-lo se utilizando das escolas, públicas ou privadas, ou por qualquer outro meio que se mostre adequado, tal como a educação familiar.

Dessa forma, à luz deste entendimento, deve-se realizar uma interpretação do ECA e da LDB que se mostre conforme à Constituição, por força da Supremacia da Constituição, de modo que qualquer interpretação que se revele violadora da normatividade constitucional, deverá ser considerada inconstitucional.

Portanto, quanto aos arts. 55 do ECA e 6º da LDB, somente serão tidos por constitucionalmente adequados, caso sejam interpretados no sentido de que, se e somente se a família escolher, optar por matricular seus filhos, suas crianças em escolas, se verão obrigados a assim mantê-los para que os mesmos recebam a instrução básica. Mas tal obrigação somente permanecerá enquanto os pais ou responsáveis, ou seja, a família mantiver esta opção.

Uma vez que a família, por suas próprias convicções morais, filosóficas, pedagógicas, políticas, religiosas, ou seja, no âmbito da escusa de consciência, e em atenção aos princípios/standards constitucionais da liberdade e pluralidade pedagógica, de ensino e de aprendizagem, optarem por proverem às suas crianças a instrução básica fora das escolas, tal obrigação de mantê-las matriculadas não mais existirá.

Destarte, se revela inconstitucional a interpretação literal dos dispositivos ora comentados, que implique na conclusão de que em qualquer situação, os pais ou responsáveis são obrigados a matricularem e manterem matriculados seus filhos ou pupilos em escolas, como único meio de prover-lhes a instrução básica.

À GUISA DE CONCLUSÃO: RESPONDENDO ÀS PERGUNTAS

Após ter-se percorrido a trajetória proposta, com a construção de standards argumentativos frutos da análise e interpretação constitucionalmente adequada e possível acerca do Direito à Educação, podem ser respondidas as perguntas levantadas ao longo do texto.

Para este desiderato, as preguntas serão a seguir reproduzidas e, então, respondidas.

1 - *Em outras palavras, a Educação é obrigatória? Para quem e em que sentido? Ou a Educação é um Direito? Novamente, para quem e em que sentido?*

A Educação é um Direito Fundamental, de caráter público e subjetivo, portanto atribuído às pessoas humanas, podendo ser por estas exigida, mas, não a estas imposta, como uma obrigação.

Por outro lado, a Educação é sim uma obrigação, um dever imposto ao Estado e à família. Por conseguinte, tanto o Estado, quanto a família possuem o dever legal/constitucional de proverem a educação, especialmente a básica, às crianças de 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade.

Ao Estado, incumbe o dever, a obrigação de instituir e manter escolas públicas gratuitas ofertando o referido ensino básico, bem como autorizar que a iniciativa privada também ofereça o serviço do ensino básico em escolas privadas.

As famílias, por sua vez, não podem se escusar de prover a instrução básica às suas crianças, mas podem escolher o meio de fazê-lo, isto é, podem escolher por matricular e manter matriculados seus filhos em escolas públicas ou privadas ou, caso prefiram, no exercício de sua liberdade/autonomia, educar as crianças fora da escola, por exemplo, por meio da educação domiciliar (no inglês, homeschoolling).

2 - *A interpretação corrente (que se verá abaixo), que vem sendo adotada pelos doutrinadores e juízes, será definitiva? Ou seja, não haverá outras possíveis interpretações, talvez mais adequadas à efetivação e respeito ao sistema de Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição fundados na dignidade da pessoa humana, da igualdade (jurídica) e, especialmente, da liberdade?*

Certamente que as interpretações são marcadas histórica e culturalmente e, tais como a própria história e cultura, serão cambiantes e passíveis de mudança.

Os ganhos trazidos pelo giro linguístico-pragmático, especialmente pela obra de Wittgenstein, e pelo giro hermenêutico, primordialmente por meio de Heidegger, agregaram à linguagem o viés pragmático, ao lado do sintático e do semântico.

Com isso, percebeu-se que as palavras, expressões, símbolos, signos linguísticos não possuem essências únicas ou conceitos cerrados, determinados, unívocos.

Assim também ocorre, por certo, com o Direito, compreendido como um *jogo (específico) de linguagem*, de modo que os conceitos jurídicos firmados pela doutrina ou pela jurisprudência e, via de consequência, as interpretações doutrinárias e as decisões jurisprudenciais também não encerram conceitos estáticos, definitivos, fechados, determinados.

Mas por certo que as interpretações/aplicações do Direito não se devem realizar de forma discricionária, abstrata, por meio do subjetivismo puro do aplicador/julgador. Ao contrário, a interpretação/aplicação do Direito deve ser feita de forma dialógica, intersubjetiva, levando-se em consideração os elementos que tornam o caso concreto um evento único, respeitando-se a integridade do Direito. Daí a importância de se adotar uma visão holística e concretista do Direito.

Com isso, pudemos analisar e concluir como sendo equivocada, inconstitucional e passível de alteração a interpretação tida ainda como majoritária, no sentido de que a os pais ou responsáveis sejam obrigados a matricular e manter

matriculados seus filhos ou pupilos em escolas, públicas ou privadas, sendo proibidas as famílias e educarem seus filhos fora das escolas.

Foram, assim, apresentados standards argumentativos elucidando que, em sendo a Educação um Direito Fundamental atribuído às pessoas, com base, dentre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade de manifestação do pensamento, de expressão artística, religiosa, científica, cultural, filosófica, etc., da liberdade e pluralidade de práticas pedagógicas, de ensino e de aprendizagem, estas não podem ser obrigadas a obterem a chamada educação única e exclusivamente dentro de escolas.

Portanto, a interpretação mais adequada e conforme os ditames constitucionais será a de que a educação básica pode ser provida às crianças e aos jovens, dentro ou fora das escolas, por variadas formas que se mostrem adequadas, inclusive por meio do ensino domiciliar.

3 – *(Mas, como já aventado alhures), essa seria a única interpretação possível? As técnicas de interpretação literal, de busca da "vontade do legislador" ou da "vontade da lei", ou seja, modelos ainda positivistas de exegese são as adequadas para se interpretar direitos fundamentais? Há realmente algum texto de lei que denote, no seu nível semântico, uma norma jurídica que seja "clara e evidente"?*

Como já respondido nas questões anteriores, não há uma única interpretação possível, vez que não há conceitos jurídicos cerrados, determinados, diante da abertura hermenêutica. Ou seja, não há se falar em um texto normativo que denote um significado, um conceito, uma norma "clara e evidente".

Da mesma forma, em tempos de pós-positivismo, os métodos clássicos de interpretação, havidas em meio ao positivismo jurídico[77] não se mostram mais adequadas, uma vez que não há se falar em uma "vontade da lei" ou na "vontade do legislador", vez que os textos legais não possuem essências próprias ou significados únicos, além do que o texto não encerra a norma jurídica, esta sendo fruto do círculo

[77] Não se desconhece que há várias formas de positivismo jurídico, como o positivismo exegético, o normativismo, o positivismo ideológico, o conceitual, o do ceticismo ético, o positivismo incorporacionista e o não incorporacionista, dentre outros, mas optamos pela simplificação para ficarmos adstritos aos objetivos e ao espaço atinentes ao escopo do artigo. Remetemos o leitor ao nosso Teoria(s) do Direito: do jusnaturalismo ao pós-positivismo, obra na qual expusemos detalhadamente as principais teses jurídicas do positivismo.

hermenêutico, do processo de interpretação/aplicação do texto num determinado contexto, o caso concreto.

Em outras palavras, não há uma norma jurídica (regra ou princípio, ou simplesmente norma jurídica, como preferimos) *a priori* a ser subsumida ao caso. A norma jurídica será sempre *a posteriori*, ou seja, havida pelo processo hermenêutico de sua aplicação *no* e *para* o caso concreto.

Por derradeiro, espera-se que as reflexões trazidas neste ensaio possam ser úteis para uma melhor e mais refinada compreensão, interpretação e concretização da Educação, não mais como uma imposição, uma obrigação, mas como um verdadeiro Direito Fundamental.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis, ATIENZA, Manuel e LAPORTA, Francisco. **Bases teóricas de la interpretación jurídica.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild da Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**.Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do Poder Constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II. Complementos e índice**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janerio: Tempo Brasileiro, 2 v. 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo, v. I.** Petrópolis: Vozes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo, v. II.** Petrópolis: Vozes, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

Horta, José Silvério Baia. **Direito à Educação e Obrigatoriedade Escolar.** Caderno de Pesquisas n. 104, pg. 5-34 da Universidade Federal Fluminense, 1998. Disponível em <http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/158.pdf> Acesso em 8 de junho de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.